J. pract. 79 lc Gensler

Handbuch

zu

D. Christoph Martins Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes,

von

D. Johann Caspar Gensler,

Hofrath und öffentlichem Lehrer der Rechte, ordentlichem Beysitzer des Herzogl. Sächs. Hofgerichts und des Schöppenstuhls, auch Mitglied der mineralogischen Gesellschaft zu Jena.

Erster Theil.

Jena,

im Verlage der Crökerschen Buchhandlung

1814.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Vorrede.

Nichts weniger als die egoiſtiſche Ueberzeugung, durch den Druck beſonderer Abhandlungen zu Martins Lehrbuch des teutſchen gemeinen Proceſſes würde ich zu der Ausbildung dieſes Zweiges der Rechtskenntnis einen erheblichen Beytrag liefern, leitete mich bey jenem Unternehmen, ſondern die Verlegenheit, die Vorleſungen über jenen Theil der Rechtswiſſenſchaft in der kurzen Zeitfriſt von vier bis fünf Monaten ſo zu beendigen, daſs die Wünſche der Zuhörer befriediget werden, und das Pflichtgewiſſen des Lehrers ſich beruhiget findet. Academiſche Lehrer des erſten Ranges haben auf teutſchen Univerſitäten die Gewohnheit eingeführt, ihren Zuhörern einen Theil des Vortrags in die Feder zu dictiren, und der Studirende

dirende überzeugte ſich bald, daſs ihm jene Lehrart beſonders den Fortſchritt in dem betretenen Gebiet ſolcher Wiſſenſchaften erleichtere, welche, wie die Lehre der poſitiven Geſetze, ſtändige Realpunkte zum Gegenſtand hat, dieſe mithin als die Grundlage metaphyſiſcher Reflexionen betrachten muſs.

Wohl! es mag jene Lehrweiſe auf ihrem Werth beruhen. Auch wird dieſer ſich nicht abſprechen laſſen, inſoferne Maas und Ziel gehalten wird, und ſich halten läſst. Allein eben dieſes iſt die ſchwere Aufgabe. Kurze, allgemeine, ideale Bemerkungen machen oft den Zuhörer nicht klüger, wenn er nicht zugleich mit dem realen Theil der Wiſſenſchaft bekannt gemacht wird, über welche jene Metaphyſik ein Licht verbreiten ſoll. In dem Lehrbuch ſelbſt findet man vielleicht das Poſitive und Specielle, in der Meinung einer gedrängten Kürze, unter das Allgemeine mit vornehmen Worten gezwängt, die der in dieſem Felde noch nicht bewanderte Zuhörer dunkel findet, und die den Lehrer nöthigen, den unklaren Nimbus zu entfernen, um den verſchleierten trivialen Satz blos zu ſtellen.

Will

Will alſo der Lehrer dem Bedürfnis ſeiner Zuhörer überall Genüge leiſten, will er dabey deren Wunſch befriedigen, für das academiſche Privatſtudium ein zweckmäſiges Material zu ſpenden, ſo muſs er das academiſche Lehramt durch die, ſo traurige als läſtige, Rolle eines faſt unaufhörlich dictirenden Weſens entwürdigen, oder der Gefahr ſich ausſetzen, die Vollendung des auf eine kurze Zeit beſchränkten Vortrags ſchuldig zu bleiben. Wie inſonderheit iſt es möglich, die Theorie des Proceſſes, zumal wenn man mit Martin ſo manches hineinziehet, was in den Vorleſungen über die Pandecten des Römiſchen Rechts entwickelt wird, oder als Gegenſtand der practiſchen Collegien im engſten Sinne ſich ſondern läſst, als ein einfaches Collegium, auf welches der Zuhörer täglich nur Eine Stunde verwenden will, in jener kurzen Friſt anders, als durch freien Vortrag, mit einiger Vollkommenheit zu erläutern? — Verwendet man auch nur die Halfte der Zeit auf das Dictiren, ſo wird doch immer entweder deſſen Product, oder der mündliche Vortrag, dürftig erſcheinen. Und wie nachtheilig iſt es für das wiſſenſchaftliche Studium der

academischen Lehrlinge, wann diese des Auffassens aus einem freien Vortrage des Docenten sich gänzlich entwöhnen, und von diesem jede merkwürdige Aeusserung vorgesungen wissen wollen, um es mit Bequemlichkeit den Heftschätzen beyzufügen. Auf diesem Wege wird das Selbstdenken verdrängt — der zierlichste Schreiber hält sich für den gelehrtesten Studenten, und glaubt sich durch die Aufbewahrung eines gebundenen Heftes sowohl des eigenen Nachdenkens enthoben, als gegen den Ankauf und das Studium ausführlicher literarischen Werke gesichert. Dieser unangenehmen, das Lehramt verleidenden, Lage mich zu entwinden, faste ich den Entschluss, einen Theil desjenigen, was ich zum Behuf meiner Vorlesungen über Martins Lehrbuch niedergeschrieben habe, dem Druck zu übergeben, und meine Zuhörer, nach vorgängigem freien Vortrag des Inhalts, auf den gedruckten Buchstaben zu verweissen. Für meine Zuhörer also ist das Product bestimmt, nicht für Meister der Wissenschaft. Dass es auch diesen dienlich werde, kann ich um so weniger hoffen und bezwecken, weil ich aus meinem Heft nur die längern,

für

für das Dictiren besonders beschwerlichen, Niederschriften aushebe, ohne weiter Rücksicht darauf zu nehmen, ob irgend eine neue Ansicht in ihnen enthalten ist, oder ob jene nur das kürzlich wiedergeben, was in ausführlicheren Werken bereits mit mehr Aufwand von Gelehrsamkeit dargestellt wurde *). Immer bleibt mir noch ein ansehnlicher Vorrath solcher Zusätze zu Martins Lehrbuch übrig, welche ich im Laufe der Vorlesungen der Feder meiner Zuhörer mittheile, und es kann seyn, daſs manche jener ungedruckt bleibenden Bemerkungen des Drucks eher für würdig erachtet würden, als das, was ich jetzt hierzu bestimme und während des Laufes der Vorlesungen der Presse eilig übergebe. Nur Zeit will ich gewinnen *zu* dem freien Vortrag und *durch* diesen, und mein Zweck ist erreicht, wann jenes Unternehmen denen nütz-

*) Nur selten werde ich Bezug auf literarische Werke nehmen, weil dafür schon MARTIN gesorgt hat. Doch finde ich es zweckmäßig, auf solche Lehrbücher u. dergl. mich zu beziehen, die ein academischer Studirender zur Hand haben kann.

nützlich wird, die mich als ihren academischen Lehrer wählen. Von diesem Gesichtspunkt aus bitte ich das ganze Product zu beurtheilen.

Jena im May 181[illegible].

Johann Caspar Gensler.

I.

Zu §. 1.

Proceſsgeſetze — Proceſs — practiſche Geſetze — Praxis.

Die poſitiven Geſetze ſind von der Staatsgewalt ausgeſprochene oder gebilligte Normen für die Handlungen der in ihrem Gebiete, ſey es als Mitglieder der bürgerlichen Geſellſchaft, oder als Fremde, lebenden und thätig werdenden Subjecte. Das Product und der Gegenſtand der Geſetze ſind Rechte, Befugniſſe, und gegenüber Verbindlichkeiten Zwangspflichten, jener Vernunftweſen [1]).

So lange nun

1) der Geſetzuntergebene jenem ausdrücklich oder ſtillſchweigend ausgeſprochenen

[1]) Thibaut, in dem Syſtem des Pandecten-Rechts. Thl. I. §. 55. u. 247.

nen Willen der gesetzgebenden Staatsgewalt gemäs handelt, d. h. die durch die Gesetze bestimmte Grenze seiner Befugnisse nicht überschreitet, weder in den Rechtskreiss eines andern Subjects schädlich eingreift, noch die gesetzlich ihm obliegenden Verbindlichkeiten [2]) unerfüllt läſst, so lange entstehet keine *Stöhrung* des Rechtsverhältnisses — keine Rechtsverletzung — keine Illegalität.

Der Theil der Gesetze nun, welcher diesen *legalen*, *ruhigen*, Zustand unter den Berechtigten und Zwangspflichtigen voraussetzt, kann das *absolute* Recht, oder die *Rechtstheorie im engsten Sinn* genannt werden.

Sondert man, auf das Römische Recht hingesehen, das Personen- und Sachen-Recht von dem jure actionum, und verstehet unter dem letztern den Inbegriff der Rechtsverfolgungs- und Rechtsvertheidigungs-Mittel [3]), so entsprechen beyde erstere, das jus personarum und rerum, dem Begriff des absoluten Rechts

2) In weiterer Bedeutung. Thibaut, a. a. O. Thl. I. §. 2.

3) Klagen und Einreden.

Rechts — der Rechtstheorie im *beſchränkteſten* Sinne.

Es werden aber in der bürgerlichen Geſellſchaft

2) jene Normen des abſoluten Rechts, im Gefolge menſchlicher Unvollkommenheit und Leidenſchaften, oft verletzt. Denn nicht ſelten greift ein Subject geſetzwidrig in den Rechtskreiſs eines andern wirklich ein, oder läſst eine vollkommene Verbindlichkeit unerfüllt, oder wird wenigſtens jener oder dieſer Illegalität von einem vermeintlich Verletzten beſchuldiget. In dieſer Lage erſcheint eine *Stöhrung* des Rechtsverhältniſſes — eine Rechtsverletzung — zwiſchen jenen Subjecten, und die Vernunft erkennt es als eine aus dem Staatszweck, Sicherung der Rechte, hervorgehende Nothwendigkeit, geſetzlich zu beſtimmen, durch *welche Mittel* das in ſeinem Rechtsgebiet verletzte oder geſtöhrte Subject den verletzenden oder ſtöhrenden Theil zur Erfüllung des Willens der abſoluten Geſetze, zu der Anerkennung und Herſtellung des legalen Rechtszuſtandes, zur Unterlaſſung einer Stöhrung in dieſem, ohne Nachtheil für den Staat nöthigen könne.

Das phyſiſche Mittel zu dieſem Zwang

wäre

wäre die *Selbsthülfe.* Allein da deren Anwendung die Ruhe in dem Innern des Staates unaufhörlich stöhren und in beständige Privatkriege ausarten, die bezweckte Sicherheit der Rechte also durch jene, von der leidenschaftlichen subjectiven Ueberzeugung des in seinem Rechtsgebiet vermeintlich Gestöhrten ausgehenden, Eigenmacht ganz verdrängt werden würde, so musste die Gesetzgebung die Selbsthülfe vielmehr als in der Regel unerlaubt und sträflich darstellen [4]), konnte sie nur für einzelne bestimmte Fälle gestatten, ohne jedoch der Selbstvertheidigung eben so enge Schranken zu setzen [5]). Ist also die Selbsthülfe durch den Zweck des Staates ausgeschlossen, so muss die gesetzgebende Gewalt dem in seinem Rechtsgebiet gestörten Subject andere, mit dem Staatswohl verträgliche, den Zweck der Rechtssicherheit erreichende, Mittel zur Beseitigung der erlittenen

[4]) Martin, §. 8. not. c. und d.

[5]) Die Lehre von der Selbsthülfe und Selbstvertheidigung wird in der Lehre des Strafrechts, der Pandecten, und des teutschen Privatrechts vorgetragen. Ein mit Vorsicht aufzufassendes, Selbsthülfe und Selbstvertheidung verwirrendes, Verzeichniss der Fälle giebt Claproth in d. ord. bürg. Process. Thl. I. §. 1. u. d. f.

nen Rechtsbeeinträchtigung als Surrogat der Selbſthülfe darbieten [6]). Indem nun *dieſes* conſtituirt wird, entſtehet eine beſondere, mit jenem Gegenſtand ſich beſchäftigende, Abtheilung der poſitiven Geſetze, deren Inbegriff das *hypothetiſche* Recht, oder das *practiſche* Recht in *weiteſter* Bedeutung, ſich nennen läſst [7]). Dieſem entſpricht zunächſt und als Grundlage das römiſche jus actionum, in dem ſchon erwähnten Sinne. Schon dieſe practiſchen Geſetze, z. B. Urſprung, Begriff und Ge-

6) m. a. W. der Staat muſs auch Geſetze feſtſtellen: *wie* der Verletzte *procediren* kann, um ſein Recht in den ungeſtörten Zuſtand zurück zu führen.

7) Z. B. das Geſetz ſpricht: „nach abgeſchloſſenem Kaufcontract ſoll der Verkäufer das verkaufte Object dem Käufer übergeben, dieſer aber jenen das Kaufgeld zahlen.“ Erfüllen beyde Theile dieſe Vorſchrift, ſo bleibt ihr Rechtsverhältniſs ungeſtört, der Wille des Geſetzes iſt erfüllt, das Geſchäft bleibt in der Grenze des abſoluten Rechts. Läſst aber der Käufer, oder der Verkäufer, ſeine Verbindlichkeit unerfüllt, ſo entſteht eine Rechtsſtöhrung. Das Geſetz aber giebt für dieſen Fall die actio emti et venditi. Indem nun der Geſetzgeber *dieſes* conſtituirt, dieſes Rechtsverfolgnugs - Mittel beſtimmt, hat er ein *practiſches* Geſetz ausgeſprochen.

Gegenſtand, der verſchiedenen Klagen, gehören in das Gebiet des *Proceſſes* im *allgemeinen* Sinn; allein gewöhnlich rechnet man ſie zu der Rechts*theorie* in *weiter* Bedeutung, weil ſie mit den abſoluten, unter 1). bezeichneten, Geſetzen genau verkettet ſind, wie das referens zu dem relato ſich verhalten, und daher von den abſoluten Geſetzen, ohne einer lebendigen Vorſtellung Abbruch zu thun, ſich nicht wohl trennen laſſen. Deshalb bildet auch dieſer Theil des practiſchen Rechts, dieſer Grundfuss des Proceſſes in engerer Bedeutung, ſo weit das römiſche Recht ihn feſtſtellt, einen Theil des Vortrags der Inſtitutionen und Pandecten, iſt jedoch auch in beſondern Lehrbüchern beſonders ausgehoben [8]).

Auch mit dieſen Geſetzen, mit der Vorſchrift und Bezeichnung der Rechtsverfolgungs-Mittel, reicht jedoch der Staat noch nicht aus, ſondern er muſs auf den Fall, daſs ein in ſeinem Rechtskreiſs geſtöhrtes Subject zu jenem legalen Hülfsmittel ſeine Zuflucht-

[8]) Z. B. I. H. Boehmer, doctrina de actionibus. I. L. Menken, introductio in doctrin. de actionibus forenſ. mit Madihns und Hommels Noten. Hal. 1780. Schmidt in dem pr. Lehrbuch von ger. Klagen und Einreden. Iena in der Crök. Buchhandl. 1813.

flucht nimmt, es auch *ſelbſt* übernehmen, die vorgegebene Stöhrung zu beleuchten, und den geſetzlichen Zuſtand wieder herzuſtellen.

Hierzu macht ſich nun 3) ein beſonderes Inſtitut im Staate [9]) nothwendig — und als dieſe Anordnung erhalten die *Gerichte* ihr Daſeyn in der bürgerlichen Geſellſchaft. Der Staat ſetzt ſich einen Repräſentanten, der die thatſächlichen Verhältniſſe, aus welchen die Rechtsſtöhrung hervorgegangen ſeyn ſoll, in der Form eines unter 2) gedachten Rechtsverfolgungs-Mittels ſich vortragen laſſe, dann dieſes Factum, deſſen Wahrheit oder Unwahrheit, beleuchte, daſſelbe mit den abſoluten Geſetzen zuſammenſtelle, und als Folge dieſer Subſumtion und Reflexion im Nahmen des Staates ausſpreche, entſcheide, ob das Recht des die Staatshülfe anrufenden Theils wirklich geſtöhrt, beeinträchtiget, verletzt, worden ſey, und was von dem befundenen Stöhrer geſchehen müſſe, das aus ſeinen Fugen geriſſene legale Rechtsverhältnis wieder herzuſtellen.

Jener Staats-Repräſentant erhält den Nahmen *Richter*.

Soll

[9]) Martin. §. 9.

Soll aber dieses Institut seinen Zweck mit möglichster Vollkommenheit erreichen, so müssen *besondere* positive Gesetze [10]) bestimmen, in welcher *Ordnung* und in welchen *Formen* die zur richterlichen Beleuchtung, Reflexion und Entscheidung, führenden Handlungen von den Interessenten des streitigen Rechtsverhältnisses unternommen, und von dem Richter geleitet werden sollen, *wie* z. B. die Hülfe des Staats anzurufen, *wie* die Vertheidigung gegen diesen Angriff vorzustellen, *wie* von Seiten des Richters selbst hierbey zu verfahren, überhaupt *wo* und *wie* der Rechtsstreit zu verhandeln, zu entwickeln, und zu dem Act des entscheidenden richterlichen Ausspruchs hinzuführen sey.

Der Inbegriff *dieser* Normen, die Regeln der *Verfahrungs-Art* im Gericht, vor und von dem Richter, bilden nun die *Theorie des gerichtlichen Processes* im *engern* Sinne.

Insoferne verstehet man unter *Process* [11]), jede

[10]) Man nennt diese *Processordnungen*, insofern der Staat abgesonderte Processgesetze, mehr oder weniger vollständig, vereiniget promulgirt.

[11]) An einem andern Orte die mehr ausführliche Be-

jede gesetzliche, die richterliche Wiederherstellung eines gestöhrten Rechtsverhältnisses bezweckende, Verhandlung der Rechtsstreits-Interessenten vor Gericht, unter der Leitung des mitthätigen Richters [12]).

In die Grenze *dieser* Normen muſs der academische Lehrer sich zurückziehen, will er in der für die Vorlesungen bestimmten gewöhnlichen Zeit die Theorie des Processes auch nur in den Hauptprincipien der einzeln Bestandtheile dieses Zweiges der Rechtswissenschaft als Grundlage einer mehr umfassenden Ausbildung entfalten.

Denkt man sich aber 4) *besonders* ausgehobene oder abstrahirte Grundsätze

a)

Bemerkung: daſs nicht nur jeder einzelne Rechtsstreit, sondern auch einzelne Abschnitte, ja einzelne Handlungen im gerichtlichen Partheyverfahren, *Proceſs* genannt werden.

[12]) Von dem *Schiedsrichter*, einer vermöge Vertrags zur Entscheidung eines einzeln Rechtsstreits befugten und pflichtigen Privatperson, ist hier nicht die Rede. Vid. Thibaut, in dem Syst. d. PR. Thl. II. §. 926. u. d. f. Günther, in princip. juris Romani rel. Ien. 1805. §. 1155. seq.

a) für die *Anwendung* des abſoluten und practiſchen Rechts auf einen gegebenen Rechtsfall — auf ein Ereignis, Factum, aus welchem eine Rechtsverletzung hervorgehen ſoll —

b) für die *äuſsern Formen* der Handlungen der Partheyen, ſo wie des Richters und der dieſem beygegebenen Subjecte,

ſo entſtehet der Begriff der *practiſchen* Rechtswiſſenſchaft im *engſten Sinne* [13]).

In dieſes Gebiet gehöret dann z. B. die Decretir- und Referir-Kunſt, die Kenntnis der Anordnung und Fertigung der Vorträge der ſtreitenden Theile u. ſ. w., und die dahin einſchlagenden Lehren, Anweiſungen und Arbeiten, ſind es, welche den Gegenſtand des ſogenannten Collegii practici und relatorii bilden.

So wie in den Vorleſungen über die Theorie des Proceſſes (nr. 3.) die Kenntnis der unter nr. 1 und 2 erwähnten Geſetze vorausgeſetzt wird, ſo in den practiſchen Collegien (nr. 4.) die Bekanntſchaft mit der nr. 3. angedeuteten Proceſstheorie. Doch ſind auch die in

[13]) Man vergl. Grolman, in der Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerl. Rechtsſtreitigkeiten. §. 6.

in diesen practischen Collegien von dem Lehrer zu ertheilenden *Principien* noch nicht *die Praxis selbst*, sondern sie sind nur die nächste, rückwärts auf die Kenntnis der Processgesetze und der Rechtswissenschaft überhaupt sich stüzzende, *Theorie der Ausübung*, welche durch die von den Zuhörern zu fertigenden Arbeiten, als Nachbildung der Wirklichkeit, versinnlichet wird. Es folgt daher von selbst, dass jemand eine umfassende theoretische Rechtskenntnis sich erworben haben kann, in diesem abstracten Gebiete mit Klarheit und Consequenz arbeitet, und dennoch der Eigenschaft eines *guten* Practikers sich nicht rühmen darf; besonders da diesem die, theils natürliche, theils durch lebendige Uebung erworbene, Fähigkeit [14]) eigen seyn muss, den ihm gegebenen Rechtsfall mit klaren, ihm sich bald darbietenden, Ideen unter denjenigen Theil der Gesetze zu stellen, zu subsumiren, welche nach der Absicht des Gesetzgebers auf jene Thatsachen, auf die factische Grundlage des Rechtsstreits, angewendet werden sollen. Wer z. B. in einem Facto die Merkmale einer Geschäftsführung findet, während dasselbe, richtig beleuchtet, als ein Auftrag aufgefasst werden muss, wird auf

 das

[14]) Practisches Iudicium.

das vorliegende Rechtsverhältnis für dieses nicht bestimmte Gesetze irrig und schädlich anwenden, so aber den Nahmen eines schlechten Practikers verdienen, hätte er auch die Rechtstheorie von der Geschäftsführung und dem Mandat in ihren tiefsten Falten kennen lernen. Dagegen ist es eben so wahr, daſs der gute, möglichst vollendete, Practiker *solches* ohne eine umfassende wissenschaftliche Kenntnis der Rechtstheorie unmöglich seyn kann, er müſste denn, wie der Somnambul, Seherkraft oder ein zweites Ich besitzen, welches die positiven Gesetze in deren wahrem Geiste, oder was rechtsphilosophisch aus und neben denselben zur Anwendung gebracht werden muſs, bei jedem Rechtsfall ihm vordeclamirte.

Blose, mit beschränkter Rechtskenntnis verbundene, Uebung des Juristen in lebendigen Geschäften kann diesen zum brauchbaren, höchst nützlichen, *Routinisten* bilden, und ihm im gemeinen Leben den Nahmen eines guten Practikers verschaffen; allein weit entfernt bleibt immer die Routine von der *wissenschaftlichen* Praxis [15]).

[15]) Auch der also ist den guten Practikern nicht beyzuzählen, welcher einen Vorrath von Rechts-

Rechtsdogmen, Autoritäten und Präjudicien, ſich geſammelt hat, und dieſe, ſey es auch mit einer lebendigen Vergleichungs-Fähigkeit, auf vorkommende Rechtsfälle geſchickt anzuwenden weiſs. Er mag ein gelehrter, vielwiſſender, Empiriker ſeyn, aber Meiſter in der Kunſt iſt er nicht. In dieſem muſs der *Geiſt* der Geſetze leben und weben, metaphyſiſche Reflexionen müſſen ſeine Anwendung der poſitiven Normen beherrſchen.

II.

Zu §. 11.

Giebt es einen *vertragsmäſsigen* Proceſs? Darf der Richter nach *fremden* Geſezzen ſprechen?

§. a.

Die Gerichte und deren erſtes Organ, der Richter, vertreten die Stelle der Staatsgewalt, des Regenten. Von dieſer höchſten Behörde ſind dieſelben, im Gefolge der Regierungsgewalt, welche die geſetzgebende, richterliche, und vollziehende Staatsgewalt in ſich begreift, *als Mittel zu dem Zweck der bürgerlichen Geſellſchaft* angeordnet. Nach dieſem Zweck und Bedürfnis modelt die höchſte Gewalt das Inſtitut der öffentlichen Juſtizpflege, und ſo verſchieden nun die Organiſation der Staaten ſelbſt ſeyn kann, mehr oder weniger monarchiſch, ariſtocratiſch u. ſ. w., ſo verſchieden

ſchieden kann auch die Regierungsgewalt, indem ſolche die Gerichte conſtituirt und Proceſsgeſetze entwirft, ſich ausſprechen [*]). Auch die in den einzeln Staaten herrſchende Geiſtescultur äuſsert hier ihre Kraft; ſelbſt der militäriſche Geiſt kann dabey ſeine Rolle ſpielen; ſo wie die Geſetzgebung überhaupt durch jene Verhältniſſe geleitet und ausgebildet wird.

Von dieſem Geſichtspunkt aus iſt die Art und Weiſse, *wie* die Gerichte organiſirt ſeyn ſollen, *mit der Staatsverfaſſung ſelbſt verwebt*; und da nun der Ausſpruch der Staatsgewalt, „nach *welchen* Regeln *von* und *vor* dem Gericht verhandelt werden ſoll," als *Theil* jener Organiſation in dieſer mitbegriffen iſt, ſo kann man inſoferne behaupten, „die für das Inſtitut der Gerichte und für das gerichtliche Verfahren gegebenen Geſetze ſeyen ein Theil des Staats- oder Regierungs-Rechtes."

§. b.

Kann nun blos die Regierungsgewalt vorſchreiben, *nach welchen Normen* in den von

[*]) Z. B. im Geiſte der Verhandlungsmaxime, oder der Unterſuchungs-Maxime u. ſ. w. MARTIN §. 15. Bemerk. III. §. h.

von ihr angeordneten Gerichten vorgeschritten werden solle, so folgt von selbst, daſs ein *conventioneller*, d. h. durch Willkühr der streitenden Theile nach selbst beliebigen Verfahrungsregeln bestimmter, *gerichtlicher* Proceſs als von den Gesetzen stillschweigend erlaubt sich nicht denken läſst.

Der Richter ist angewiesen, die Justiz nach den *von Staatswegen* ihm *zur Richtschnur gegebenen* Regeln zu verwalten; *nur dahin* gehet sein Auftrag, und er handelt nichtig, sobald er die Grenze der ihm verliehenen Befugnis und *Amts-Instruction* überschreitet. Ihm, als Richter, ist weder die Regierungsgewalt überhaupt anvertraut, noch insonderheit die gesetzgebende Gewalt; und so wenig also er sich selbst anmasen darf, mit einem andern, als dem von seinem Constituenten *ihm vorgezeichneten*, Verfahren die Rechtspflege zu verwalten [2]), (§. c.) so wenig ist

[2]) Arg. L. 1. §. 9. Dig. de magistratibus conv. 27. 8. Daher darf der Richter in seinem Gericht selbst eine im Auslande *gesetzlich constituirte*, in dem gemeinen Recht aber nicht gegründete, Proceſsart *nicht* zur Anwendung bringen; z. B. nicht den Wechselproceſs, wenn die Gesetzgebung seines Landes diesen nicht einführte.

ist er *berechtiget*, oder *verbunden*, den zwischen den Interessenten eines Rechtsstreites verabredeten Vertrag, „wie es ihnen gefällig sey, den Process voranschreiten zu lassen," als Richtschnur anzuerkennen. Dieses läfst sich allenfalls nur bei dem Schiedsrichter denken, wo überhaupt ein *Privatvertrag* dem ganzen richterlichen Verhältnis zum Grunde liegt, wo die *Partheyen* sich einen Richter bestellen [3]). Eine *Staatsanstalt* hingegen darf einer Abänderung durch Privatwillkühr einzelner Gesetzuntergebenen um so weniger unterworfen seyn [4]), weil auf diese Weisse die *Organisation des Staates* zum Nachtheil des öffentlichen Wohls gestöhrt werden könnte. Die

Claproth, in d. Einl. in d. summ. Proc. §. 54. And. M. ist Danz, in den summ. Proc. §. 86. not. a.

[3]) L. 32. §. 15. Dig. de receptis, qui arbitr. rec. 4. 8. Auch gehört nicht hieher, wann die Partheien, im Gefolge gesetzlich erlaubter Prorogation, einen andern, als ihren ordentlichen, Richter sich wählen. L. 1. et 2. Dig. de judiciis. 5. 1. Martin §. 58.

[4]) Ius publicum, vel jurisdictionis forma, pactis privatorum mutari nequit. L. 45. §. 1. Dig. de regulis juris. 50. 17. L. 13. Cod. de testamentis 6. 23. L. 38. Dig. de pactis. 2. 14. L. cit. 1. §. 9. Dig. de mag. conv. 27. 8.

Die öffentliche Verfassung hat ein hohes Interesse dabey, daſs die Juſtiz nach beſtimmten, aus *ihrem Geiſte* hervorgegangenen, Regeln verwaltet und geleiſtet werde, indem, wäre den Intereſſenten eines Rechtsſtreits erlaubt, dem Richter die Verfahrungs-Normen vorzuſchreiben, dieſes der in der Staatsorganiſation herrſchenden Maxime leichtmöglich zu widerlaufen, und überhaupt ſchädliche Unordnungen in dem Gerichtswefen und deſsen Geſchäftsgange zur Folge haben könnte. Wer die Staatshülfe nicht auf *dem* Weg ſuchen will, den die *Geſetzgebung* eröffnet hat, der muſs auf jenen Beyſtand verzichten. Auch enthalten die poſitiven Geſetze durchaus keine Spur der Erlaubnis, den öffentlichen Richter einem conventionellen Proceſs zu unterwerfen. Denn die Clem. 2. *de verborum ſignificatione* 5. 11., welche man für die Behauptung jener Freiheit der Partheyen anzuziehen pflegt [5]), ſpricht blos von dem Fall, wo *die Regierungsgewalt* einem Richter befiehlt, eine beſtimmte ſtreitige Rechtsſache mit Zurück-

[5]) Danz, in den Grundſätzen des ordentlichen Proceſſes §. 55. not. a. ed. 1806. vergl. m. Glück, in der Erläut. der Pandecten nach Hellfeld. Thl. VI. §. 498. Grolman, in der Theorie des ger. Verf. u. ſ. w. §. 76.

rückſtellung der Förmlichkeiten des feierlichen Proceſſes zu verhandeln, und verordnet, *wie* alsdann ſummariſch, jedoch nicht tumultuariſch, verfahren werden ſolle. Die in jenem Geſetz eingeſchloſſenen Worte aber: „*niſi aliud de partium voluntate procedat*,“ ſagen nur ſo viel: „die Partheyen könnten bey der Herſtellung der Beweiſe auf die üblichen, auch in jenem ſummariſchen Verfahren nicht ausgeſchloſſenen, ſondern als Regel beyzubehaltenden, Poſitionen und Artikel verzichten. Hieraus folgt alſo höchſtens der in der Praxis auch unbezweifelte Satz:“ daſs die ſtreitenden Theile gegenſeitig die Beobachtung der *ihres Vortheils wegen* verordneten Proceſs-Förmlichkeiten ausdrücklich und ſtillſchweigend ſich erlaſſen [6]), und, ſey es nun für *einzelne Acte* der feierlichen Verfahrungs-Art, oder für die Verhandlung des *ganzen* Rechtsſtreites, eine *ſummariſche* Entwickelung wählen können [7]). Immer aber bleibt *als Grundbedingung* ſtehen, daſs dieſe gewillkührte Proceſsart eine *derjenigen* ſey, welche die Staatsgewalt in ihrem Gebiete verordnet und er-

[6]) Schlüſsige Beiſpiele hiervon enthalten Cap. 39. X. de teſtibus et atteſtationibus. 2. 20. L. 5. §. 5. §. 6. Cod. de tempor. et relat. appell. 7. 63.

[7]) L. 27. in fine Dig. de regulis juris. 50. 17.

erlaubt hat. Auch muſs weder das Object des Proceſſes ausſchlieſslich unter ein beſonderes Verfahren geſtellt ſeyn, noch darf das Staatswohl durch jene Wahl beeinträchtiget werden [8]).

§. c.

Mit dem Satz: „daſs der öffentliche Richter weder nach einem conventionellen, in ſeiner ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden Dienſt-Inſtruction nicht enthaltenen, noch nach einem ausländiſchen gerichtlichen Proceſs verfahren dürfe," iſt aber *die* Frage noch nicht entſchieden: ob ihm geſtattet ſey, in Hinſicht auf das *Material* der Streitſache *fremde* Geſetze ſeiner Reflexion und Entſcheidung zum Grunde zu legen? Conſequent gefolgert müſste

8) Martin §. 128. und die dort. Literat. not. b. c. u. d. L. 42. in fine Dig. de pactis. 2. 14. Auf gleiche Weiſse iſt dem Kläger geſtattet, die von den Geſetzen ihm als Vortheil dargebotene Proceſsart an der Seite liegen zu laſſen, und auf dem regulären Weg den Proceſs einzuleiten. Z. B. ſtatt des Executivproceſſes den ordentlichen, oder unbeſtimmt ſummariſchen Proceſs, oder an Statt des Wechſelproceſſes den Hülfsproceſs. Grolman, a. a. O. §. 225. Gönner, in dem Handb. des teutſch. gem. Proc. Thl. II. Abh. XXX.

müſste man auch dieſe, ſehr beſtrittene, und mannichfaltig beantwortete, Frage *verneinen*. Denn der Richter iſt überhaupt nur an die in *ſeinem* Lande promulgirten und recipirten Geſetze gewieſen, und zur Kenntnis fremdherriſcher Geſetze gar nicht verbunden. Allein der Staat würde gleichſam das Völkerrecht verletzen, ſich und ſeine Unterthanen, durch das gegen dieſe angewendete Wiedervergeltungs-Recht, durch Minderung ihres Credits im Handel u. ſ. w., erhebliche Nachtheile zuziehen, wollte er in dem Ausland erworbenen Rechten die Hülfe in ſeinen Gerichten verſagen. Schon die römiſchen Geſetze erkannten es daher als nothwendig an, bey der Entſcheidung einer Rechtsſache zunächſt auf die Geſetze *des* Landes, *der* Provinz, *des* Ortes, hinzuſehen, *wo* das ſtreitige Rechtsgeſchäft ſeine *juridiſche Exiſtenz* erhalten habe, *wo* alſo das aus demſelben hervorgehende Zwangsrecht, und die dieſem gegenüberſtehende Verbindlichkeit, gebohren worden ſey [9]). Die teutſche Praxis hat dieſes Prinzip beſtätiget, ohne Unterſchied, es ſey jenes

9) L. 34. Dig. de regulis juris. 50. 17. L. 6. Dig. de evictionibus 21. 2. L. 1. pr. Dig. de uſuris. 22. 1. L. 1. in fine eod. de inſpiciendo ventre. 35. 4.

jenes Rechtsgeschäft in oder ausser Teutschland abgeschlossen worden. Auch spricht das römische Recht nicht ausschliesslich von *römischen* Provinzen. Wirklich fällt auch hier der Grund hinweg, tritt wenigstens nicht so stark eingreifend hervor, „dass die Anwendung fremder Gesetze die Organisation des Staates und dessen eigener Gerichte stöhren könne.“ Setzt man nehmlich, im Gefolge des obigen Princips §. b., voraus, dass der Staat die gerichtliche Rechtshülfe zwar ertheile, jedoch *nur* nach den *von ihm angeordneten Processregeln*, so stöhrt dieses die Organisation der Landesgerichte, den Geschäftsgang in diesen, eben nicht mehr, als wann der Richter nach einem innern, erst zu erweisenden, Gewohnheitsrecht die vorliegende Streitsache entscheiden muss. Es ist gleichviel, ob der zum Beweis pflichtige Theil den Richter von der Wahrheit jenes Gewohnheitsrechtes, oder von der Existenz des fremden Gesetzes, *landesrechtlich* überzeugt.

Wie weit nun aber jene Befugniss und Pflicht des Richters reiche, *inwieferne* er die ausländischen, oder nicht in seinem Gerichtsbezirck einheimischen, Gesetze, je nachdem solche persönliche Zustandsrechte, dingliche, oder gemischte Rechte, zum Gegenstand haben,

ben, auf einen vor ihm anhängigen Rechtsstreit, besonders in der Collision jener fremden Gesetze mit dem Landes- und Ortsrecht, anwenden dürfe? — ist eine zweite Frage, die man in den Vorlesungen über die römischen Pandecten nach sehr verschiedenen Meinungen zu erörtern pflegt [10]). Als herrschendes Princip muss man wohl annehmen: „der Staat, und der von diesem angeordnete Richter, erkennt *alle* ausser seinem Gebiete gesetzlich erworbene Privat-Rechte in der Ausdehnung oder Beschränkung an, *wie* sie *dort* rechtsbeständig erworben worden sind, und ein Rechtsverfolgungs-Mittel begründen, gewährt jedoch die Rechtshülfe [11]) nur auf dem Wege und unter der Form einer *in dem um Hülfe angerufenen Gericht landesrechtlichen Verfahrungsart* [12]); er *versagt* aber

[10]) M. s. Thibaut, a. a. O. Thl. 1. §. 36. u. d. dort. Literatur. Hofacker, in princip. jur. civ. rom. germ. T. I. §. 136. Günther, in princ. jur. rom. priv. T. I. §. 18. vergl. mit Weber, in der system. Entwirk. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit. §. 62. u. 95.

[11]) Vorausgesetzt wird die Begründung eines Gerichtsstandes.

[12]) Ist also z. B. der Wechselprocess durch Landes- oder Gewohnheits-Recht nicht eingeführt; so kann

aber auch *dieſe bedingte Rechtshülfe*, im Falle a) das im Auslande, oder auſser dem Gerichtbezirk, geſchloſſene Rechtsgeſchäft entweder, um die Landesgeſetze, oder örtliche Statuten, *zu hintergehen*, daſelbſt hergeſtellt, oder b) von der Staatsgewalt des angerufenen Gerichts geſetzgebend erklärt wurde, daſs die Wirkungen jenes Rechtsgeſchäftes als *ſchändlich, oder dem eigenen Staatswohl nachtheilig*, beurtheilt werden ſollten [13]).

Hierbey einen weitern Unterſchied zwiſchen *gerichtlichen* und *auſsergerichtlichen* Wirkungen des auswärtigem Rechtsgeſchäftes zu machen [14]), dürfte grundlos ſeyn, und die Sache faſt gänzlich auf das harte, dem öffentlichen Wohl nachtheilige, Princip zurückführen: „der Richter dürfe *gar nicht* nach fremden Geſetzen ſprechen". Verſteht man

kann die auswärts contrahirte Wechſelſchuld zwar eine Executivklage, oder den ordentlichen Proceſs, begründen, nicht aber eine *Wechſelklage*.

13) Das römiſche Recht macht die wohl eben ſo viel ſagende allgemeine Beſchränkung: *ut legi non offendat*. L. 1. pr. Dig. de uſuris 22. 1. Die Anwendung mündlich.

14) Scheint Weber a. a. O. *darauf* hinzudeuten?

man aber hier unter *Procefs* den eigentlichen *modum* procedendi [15]), fo erhält die fchwankende Sache eine, mit dem Staatswohl verträgliche, und von der Vernunft als rechtsbillig und nützlich ausgefprochene, feftere Beftimmung.

Nachtrag zu §. b.

Die beyden Gefetze [16]), aus welchen Thibaut [17]) der Partheyen Befugnifs zu einem willkührlichen Procefs ableitet, erlauben *diefen* keineswegs. Das erfte fpricht blos von dem *Verzicht* auf die *Rechtsmittel* gegen eine befchwerende Sentenz, und von der Uebereinkunft, „nicht an die Fatalien gebunden zu feyn." Es folgt mithin hieraus nichts weiter, als a) dafs man einer Parthey weder die Rechtsverfolgung *aufdringen* [18]), noch ihr die Freiheit, auf von dem Gefetz dargebotene Vortheile zu verzichten, entziehen foll, in

[15]) Abh. I. nr. 3.

[16]) L. 5. §. 6. Cod. de tempor. et relat. appell. 7. 63. L. 3. §. 4. Cod. de privilegiis fcholarum. 12. 30.

[17]) In dem Syftem des Pandecten-Rechts. Thl. III. §. 1055.

[18]) Abhandl. III. §. 2. b. nr. 2.

ingleichen b), daſs es den ſtreitenden Theilen nachgelaſſen iſt, über die Nichtbeobachtung der *Formalien* eine Uebereinkunft zu treffen [19]). Verſchieden aber iſt hiervon, „eine ganz *andere*, als landesrechtliche, *Proceſsart* zu verabreden." *Solches* geſtattet auch die angezogene L. 3. §. 4. Cod. 12. 30. auf keine Weiſe, indem die Verabredung, „eine *ganz geringfügige* Streitſache ohne *ſchriftliches* Verfahren abzuthun," keineswegeſ ausſchlieſst, daſs die mündlichen Verhandlungen im Geiſte und nach dem Grundcharacter des landesrechtlichen Proceſſes geſchehen müſſen.

[19]) Ob nach *teutſchen* Proceſsgeſetzen ein *Vertrag* über die Verlängerung der *Nothfriſten* für unerlaubt zu achten ſey? Gönner a. a. O. Thl. III. Abh. LIX. §. 3. u. d. f., ſoll an einem andern Ort beleuchtet werden.

III.

Zu §. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18.

Wesentliche Bestandtheile (Substantialien, Essentialien), des bürgerlichen Civilprocesses [1]). Dessen Grundmaxime.

§. a.

Wesentlich sind an jeder Sache *diejenigen* Bestandtheile, ohne deren Daseyn dieselbe nicht *das* ist und *bleibt*, *was* sie, *ihrem gegebenen Begriff und Zweck nach*, seyn *soll*. Der gemeine teutsche Civilprocess *soll* aber nach der Absicht der positiven Gesetze seyn:

„die Handlung, durch welche ein Re-

 prä-

[1]) Gönner, in dem Handbuch des teutschen gemeinen Processes. Thl. II. Abh. XXVII. u. XXVIII. Almendingen, in der Methaphysik des Civilprocesses. B. I. Heft II. Wie weit ich diesen Gelehrten folgte, und in welchen Punkten ich von ihnen abweiche, muss die Vergleichung ergeben. Martin konnte mir weder als Muster noch als Leitfaden dienen.

präſentant der Staats-Iuſtizgewalt (der *Richter*) den vor ihm aus freier Willkühr *angebrachten* Rechtsanſpruch eines Subjectes (des *Klägers*) an ein anderes Subject (den *Beklagten*) auf des erſtern *Anruf* um die Staatshülfe (*Klage*) anhören, ſodann aber, nach des beklagten Subjectes wirklicher oder fingirter *Vertheidigung*, (*Gehör* oder hierzu geſetzlich gegebene *Gelegenheit*,) den Grund jenes Anſpruchs und dieſer Vertheidigung geſetzlich prüfen und, nach gefundener legalen Ueberzeugung, (*Beweis*) entſcheiden ſoll, ob der Antrag des Klägers den Geſetzen entſpreche, oder nicht, (*Urtheil, Erkenntnis*,) um *hierauf*, daferne der Verurtheilte dem Urtheil nicht *freiwillig* Genüge leiſtet, das von Staats wegen anerkannte Recht des Siegers zu realiſiren. (*Execution*, *Hülfsvollſtreckung*, *Vollzug* der Staatshülfe)."

Mangel oder *Verletzung* eines weſentlichen Beſtandtheils erzeugt *Nichtigkeit*.

§. b.

Schon nach dieſem Begriff des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten iſt alſo für daſſelbe *weſentlich*:

1) ein von dem Staat angeordneter, authorisirter und competenter, *Richter*, und zwar ein sowohl von dem Kläger als von dem Beklagten *verschiedenes* [2]) Subject.

Daher ist nichtig, was der zu der Rechtspflege in der vorliegenden Streitsache nicht befugte, der weder subjectiv noch objectiv competente, Richter in selbiger verfügt; nichtig, was er in eigener Sache, oder nach vorgängiger Bestechung, oder aus einer schändlichen Leidenschaft, verhandelt und entscheidet, u. s. w. [3])

2) ein *bestimmtes*, auch dem physischen und moralischen Willen nach *gewisses*, zu der Rechtsverfolgung *gesetzlich qualificirtes*

[2]) Martin, §. 31 und 38.

[3]) Cam. Ger. Ordn. v. J. 1521. Tit. XXII. §. 2. Cap. 26. in 6to de regulis jur. 5. 13. L. 6 et 8. Cod. de execut. rei jud. 7. 53. L. 1. seqq. Cod. si a non compet. jud. 7. 48. L. 20. Dig. de jurisdict. 2. 1. L. 170. Dig. de regulis juris. 50. 17. L. un. Cod. qui pro sua jurisd. 3. 4. L. 1. §. 2. Dig. quod quisque juris rel. 2. 2. Cap. 4. X. de judiciis. 2. 1. L. un. Cod. ne quis in sua causa. 3. 5. L. 10. Dig. de jurisd. 2. 1. L. 7. Cod. quando provoc. 7. 64. L. 2. Cod. de poena jud. 7. 49. L. 15. Dig. de judiciis. 5. 1.

ficirtes Subject, welches die Staatshülfe freywillig anruft; d. h. der *Kläger*.

Es ſoll der Civilrichter nicht *eigenmächtig* zur Einleitung eines Rechtsſtreites vorſchreiten, ſondern erſt nach geſchehener *Aufforderung* von einem in dem Rechtsgebiet angeblich verletzten oder geſtöhrten Subject zum Zweck der Rechtspflege thätig werden. Wo kein Kläger auftritt, iſt kein Richter. Es muſs aber auch der Kläger *rechtsgewiſs* und ſowohl zur Rechtsverfolgung überhaupt, als zu der vorliegenden Klage, *rechtsbefugt* ſeyn. Deshalb erſcheint die *Fähigkeit, vor Gericht zu verhandeln*, ſo wie die *Legitimation zum Proceſs*, ingleichen die *Rechtfertigung zur Sache*, als eine weſentliche Bedingung des Proceſſes *).

Inſofern nun ein Kläger ohne Klage ſich nicht denken läſst, er vielmehr erſt *durch*

*) L. un. Cod. ut nemo invitus rel. 3. 7. L. 4. pr. Cod. de uſur. pupill. 5. 56. L. 20 Cod. de pignoribus. 8. 14. L. 9. Dig. de re judicata. 42. 1. L. 2. Cod. qui legit. perſ. 3. 6. Cap. 1. ſeqq. X de procur. 1. 38. L. 1. Cod. de ſentent. 7. 45. L. 24. Cod. de procur. 2. 13. Martin §. 32. 33. 34. 35. u. 74.

durch deren Vortrag bey dem Richter den Nahmen und die Eigenſchaft eines Klägers erhält, läſst ſich auch ſagen: die *Klage* ſey ein weſentlicher Beſtandtheil des bürgerlichen Streitverfahrens —
3) ein *beſtimmtes*, auch der Exiſtenz nach *gewiſſes*, zu der Verhandlung vor Gericht *rechtsbefugtes* [5]) und *rechtspflichtiges*, Subject, welches nach dem Angeben des Klägers deſſen Recht beeinträchtiget, oder es anzuerkennen ſich weigert; d. h. der *Beklagte*.

Das ſtreitige Rechtsverhältnis *zweyer* Subjecte — der Partheyen — ſoll im Civilproceſs von dem Richter beleuchtet und geſetzlich feſtgeſtellt werden; der angebliche Stöhrer muſs mithin *als ſolcher* dem Richter dergeſtalt nahmhaft gemacht und vergewiſſert werden, daſs der Richter mit Zuverläſſigkeit auf ihn einzuwirken vermag. Aus dieſem Grund iſt *auch auf Seiten des Beklagten* reſp. die *qualitas perſonae ſtandi in judicio*, ſo wie die

[5]) Was jedoch *zum Vortheil* eines zur Rechtsverfolgung ohne Beyſtand nicht befugten Subjects von dem Richter verfügt wird, kann rechtsbeſtändig ſeyn. L. 1. Cod. qui legit. perſ. 3. 6. verb. *adverſus*. L. 14. Cod. de proc. 2. 13.

die *Legitimation zum Proceſs* und zur *Sache*, weſentlich [6]) —

4) das *Gehör*, oder die Vertheidigung, und zwar ſowohl des eigentlichen Beklagten, als auch des urſprünglichen Klägers; vorzüglich inſoferne dieſer, in Hinſicht auf die Gegenangriffe des Beklagten, als angegriffener Theil betrachtet werden ſoll [7]).

Schon die Vernunft erkennt es als widerrechtlich und nichtig, jemanden *ohne Gehör* zu verurtheilen; ſie fordert vielmehr, daſs man das in Anſpruch genommene, einer Rechtsſtöhrung beſchuldigte, Subject zuvor mit den Behauptungen ſeines Gegners bekannt mache, und ihm Gelegenheit gebe, des letztern Vorbringen zu beantworten. Die poſitiven Proceſsgeſetze ſprechen dieſes auch deutlich aus [8]); verordnen jedoch nebenbey,

[6]) L. 2. Dig. quae ſent. ſine appell. 49. 8. L. 45. §. 2. L. 54. pr. Dig. de re judic. 42. 1. L. 1 et 3. Cod. qui legit. perſ. 3. 6. MARTIN, a. a. O. G. Abhandl. V.

[7]) MARTIN, § 82. GÖNNER, a. a. O. Thl. II. Obſ. XXVII. §. 15. *Wechſelgehör.*

[8]) Cap. 1. in fine X. de cauſa poſſeſſionis. 2. 12. L.

bey, dafs wer die zur Vertheidigung gegen einen Civilanfpruch legal gegebene Gelegenheit mit der Aufforderung, jene gefetzlich zu vollziehen, fchuldlich unbenutzt und unbefolgt läfst, folchen *Ungehorfams* wegen eben fo beurtheilt werden foll, als fey er wirklich gehört worden. Ein *gefetzlich fingirtes Gehör* kann alfo die Stelle der wirklichen Vertheidigung vertreten, und die fcheinbare Lücke ergänzen [9]).

Die *Ladung* ift ein *Mittel*, das Gehör zu veranlaffen; allein da letzteres auch ohne Citation, oder ausdrückliche Aufforderung, fich denken läfst, fo ift Nichtigkeit keine *nothwendige* Folge ihrer Unterbleibung —

5) ein *Rechtsanfpruch* des Klägers an den Beklagten. Diefer Anfpruch mufs *als Object* [10]) an das Inftitut der Gerichte ge-

L. 4. 7 et 10. Cod. quomodo et quando judex 7. 43. L. 1. §. 3. Dig. quae fentent. fine appell. 49. 8. L. 54. pr. Dig. de re judic. 42. 1. L. 1. 2 et 4. Cod. quibus res jud. non nocet. 7. 56.

[9]) Gönner, a. a. O. Thl. II. Abh. XXVII. §. 12. Martin, §. 117.

[10]) Martin, §. 18. *b* u. d. f.

gewiesen, mithin ein *streitiges* [11]) Recht seyn. Es läſst sich aber ein Rechtsanspruch im Allgemeinen concretiv nicht auffassen, wenn nicht zugleich das *Object dieses Objects* angegeben wird, d. h. die körperliche oder unkörperliche Sache, worauf sich der Rechtsanspruch *beziehet.* Und auch jenes Object des Objects kann der Richter nicht klar ergreiffen, falls nicht zugleich desselben *äussere Merkmale* von dem Kläger bestimmt angegeben werden.

So ist also die nähere Bezeichnung des Klagobjects um so gewisser wesentlich, weil die Verhandlungen der Partheyen, so wie das Urtheil des Richters und dessen

[11]) *Daher* folgt wohl, daſs die gegen ein *bereits festgestelltes*, unter den Interessenten *nicht streitiges*, oder als festgestellt klar erwiesenes, Rechtsverhältnis anlaufende Sentenz nichtig ist. L. 1. Cod. quando prov. 1. 64. Verwand ist hiermit *die* Nichtigkeit, wann der Richter über ein gar nicht im Streit befangenes Object erkennt. Almendingen, a. a. O. p. 275. obgleich selbige auch schon daraus folgt, weil der Verurtheilte wegen des Anspruchs an jenen Gegenstand nicht gehört wurde. vid. nr. 4.

ſen Hülfe, auf jenes Object ſich beziehen müſſen.

Daher hat die Allgemeinheit und Dunkelheit der Klage u. ſ. w., inſonderheit des Urtheils und die natürliche Unmöglichkeit, letzteres zu befolgen, Nichtigkeit zur Folge [12]). —

6) des *Richters legale Ueberzeugung* von dem Daſeyn, oder Nichtdaſeyn, jenes ſtreitigen Rechtes.

Dieſe richterliche Ueberzeugung, welche aus der befundenen Wahrheit oder Unwahrheit [13]) der dem Rechtsanſpruch und der Vertheidigung hiergegen zum Grunde gelegten Thatſachen dann als rechtswiſſenſchaftliches Product hervorgehet, wann der Richter jene Facta, ſo wie ſie ausgemittelt ſind, mit den poſitiven Geſetzen

[12]) L. 6. Dig. de rei vindicat. 6. 1. L. 3 et 4. Cod. de ſententia quae ſine rel. 7. 46. L. 59. pr. et §. 1. Dig. de re judic. 42. 1. L. 3. Dig. quae ſentent. ſine app. 49. 8.

[13]) Die *Mittel* zu dieſem Befund ſind Eingeſtändniſſe, Beaugenſcheinigung, Kunſtverſtändige, Zeugen, Urkunden, Eyde, Rechtsvermuthungen, Vernunftſchlüſſe.

setzen reflectirend zusammenstellt, wird der *Beweis* im *allgemeinen* Sinne genannt, und es folgt aus dem Begriff und Zweck des bürgerlichen Processes, daſs desselben Abseyn als ein wesentlicher, Nichtigkeit nach sich ziehender, Mangel sich darstellen muſs. —

7) die *richterliche Entscheidung*, das *Urtheil*; als das *Resultat* [14]) der Klage, der Vertheidigung, und des Beweiſses.

Des

[14]) Fehlt also die Klage, oder das Gehör, oder der Beweis, oder sind diese Prämissen nichtig, so ist auch das Urtheil selbst nichtig. Cap. 2. X. ut lite non cont. 2. 6. Gleiche Folge tritt ein, wann des Richters, den Worten nach ausgesprochene, Ueberzeugung von dem Recht des Siegers und dem Unrecht des Verurtheilten nach Vorschrift klarer Gesetze, und nach Maasgabe des klar vorliegenden Facti, gar nicht vorhanden seyn konnte; m. a. W. wann das Urtheil den festgestellten Gesetzen *direct* widerspricht — contra jus in thesi läuft. L. 19. Dig. de appell. et relat. 49. 1. L. 1. §. 2. Dig. quae sent. sine. app. 49. 8. L. 2 et 5. Cod. quando provoc. non est necesse. 7. 64. Cap. 1. X. de sentent. et re jud. 2. 27. Im Fall hingegen der Richter in Hinsicht auf die dem Rechtsstreit zum Grunde liegenden thatsächlichen Verhältnisse, bey deren Subsumtion unter das Gesetz

Des Staates Schutz der Privatrechte ist das Hauptziel des Processes; jener Schutz aber kann nicht eher ertheilt werden, als bis das streitige Recht von dem Staat durch dessen Repräsentanten auf dem vorgeschriebenen legalen Weg beleuchtet, als vorhanden anerkannt, und auf diese Weise formalisirt worden ist. Diese Anerkennung spricht der Staat durch die Sentenz, das Urtheil, des Richters aus, und wo dieser Ausspruch ermangelt, fehlt es noch an einer wesentlichen Bedingung der zu vollziehenden Staatshülfe [15]). —

8)

setz und in der richterlichen Reflexion menschlich sich irrt, z. B. für erwiesen achtet, was es nicht vollständig ist, oder in der Anwendung des Gesetzes fehlt, so soll eine unheilbare Nichtigkeit nicht vorhanden seyn. L. 1 et 2. Dig. et L. 2. Cod. all. L. 32. Dig. de re jud. 42. 1. Eine andere Erklärung dieser Gesetze giebt Almendingen a. a. O. pag. 282. u. d. f.

[15]) Eben so viel ist es, wann der Richter einen *mathematischen* Irrthum ausspricht, in der Meinung, es sey eine mathematische Wahrheit. Das positive Unrecht läſst sich durch ausdrückliche oder stillschweigende Verträge zu einem *Privat-Recht* umbilden, nicht aber vermag es der Richter, aus 2 mal 2 eine 5 herzustellen. L. 1. §. 1. Dig. quae

8) dafs diese Hülfe, die Execution, *nicht eher vollstreckt werde*, als bis die in Anspruch genommene Parthey legal gehört und verurtheilt worden ist [16].

Die Execution, als Mittel, das vom Staat anerkannte Recht des Siegers zu realisiren, desselben Schutz wirklich zu machen, ist, *an sich betrachtet*, *nicht wesentlich*

quae sententiae sine appell. 49. 8. Auch kann, nach den klaren Worten dieses Gesetzes, die *wiederholte* richterliche Bestätigung jenes evidenten Irrthums die Nichtigkeit nicht heben. Insofern aber der Richter *nicht blos* die mathematische Berechnung als Entscheidungsquelle vor sich hatte, nicht blos über das Resultat der Zahlen abspricht, sondern den Beklagten überhaupt zu einer bestimmten, theils dorther, theils aus dem übrigen Inhalt der Acten, abgemessenen Summe verurtheilt, ist dieses Erkenntnis der Rechtskraft fähig, und der Bezug auf einen Rechnungsirrthum kann die Nichtigkeits-Klage nicht begründen. L. 1. cit. coll. L. un. Cod. de errore calculi 2. 5. L. 2. Cod. de re judic. 7. 52. Eine andere Ansicht hat ALMENDINGEN, a. a. O. p. 286.

16) L. 5. Cod. comminationes, epistolas rel. 7. 57. L. 1. Cod. de execut. rei jud. 7. 53. L. 58. Dig. de re judicata. 42. 1.

ſentlich; denn ſie kann ſogar von der Richtergewalt ganz getrennt ſeyn, und es iſt nicht ſelten der Fall, daſs der Verurtheilte den durch den Richter ausgeſprochenen Staatswillen, ohne die Hülfsvollſtreckung zu erwarten, ſich fügend erfüllt; ſondern, da dieſelbe *nur als Reſultat* der Klage, des Gehörs, des Beweiſſes und des Urtheils, *rechtsmöglich* ſeyn ſoll, ſo iſt ſie ſelbſt nichtig, wann nicht jene ihre Grundbedingungen auf dem *geſetzlichen* Weg voran her- und feſtgeſtellt ſind.

§. c.

Dieſe Beſtandtheile des Civilproceſſes ſind *ſo weſentlich,* ſie ſind auch mit einander ſo *verwebt* und *verkettet*, ſie ſtehen, als weſentliche Theile des Ganzen, unter ſich ſelbſt in einem ſolchen *Cauſal-Zuſammenhang* [17]), daſs wenn auch die poſitiven Geſetze *nur* obigen *Begriff* und *Zweck* des Streitverfahrens angegeben und alles Weitere dem Richter und den Partheyen überlaſſen hätten, dieſe Subjecte doch *keinen* jener Punkte vernachläſſigen und ihm entgegen handeln könnten,

[17]) Almendingen, a. a. O. pag. 267. u. d. f.

ten, ohne den Procefs *von deſsen Begriff und Zweck zu entfernen*, mithin aber *proceſſualiſch-nichtig* zu handeln [18]).

Inſoferne verdienen ſie den Nahmen: *abſolut nothwendig*, oder *natürlich weſentlich*, d. h. durch die auf den poſitiv-geſetzlich feſtgeſtellten Begriff und Zweck des Civilproceſſes angewandte Vernunft als *nothwendig* anerkannt — *weſentlich* alſo nach der *geſetzlichen Natur* des civilrechtlichen Inſtituts [19]). Dieſes wird durch die Verletzung jener *Grundfeſten* aus ſeinen Angeln gehoben, hört auf zu ſeyn, was es *ſeyn ſoll.*

§. c.

Zugleich folgt aber auch, daſs alle *naturnothwendigen Mittel* zur legalen Herſtellung eines abſolutweſentlichen Hauptbeſtandtheils

[18]) L. 4. Cod. de ſententiis et interloc. 7. 45. L. 4. §. 6 Dig. de re judicata. 42. 1.

[19]) So kann man die Worte des Fürſtenraths-Beſchluſſes 18/28 Apr. 1654 deuten: „*der Nullitäten halber wird wiederholt, daſs ein Unterſchied zwiſchen den* nullitatibus *wider das* jus naturale *laufend, und den* nullitatibus juris poſſitivi, *zu machen*" u. ſ. w. Denn jedes bürgerliche Inſtitut hat ſein eigenes Natur- oder Vernunft-Recht.

theils des Processes nicht weniger wesentlich sind, als der ohne sie legal nicht herzustellende Hauptbestandtheil; indem selbige eben so zu *des letztern Substanz* gehören, wie der Hauptbestandtheil selbst zu der Substanz des ganzen Procefs-Instituts. Zu der Herstellung des Beweifses z. B. bedarf man *solcher* Beweis*mittel*, welche nach der Vernunft und dem Willen der positiven Gesetze auf die Ueberzeugung des Richters einwirken können und sollen; und so sind jene Mittel eben so wesentlich, als ihr Product — der Beweis. Ohne Beweismittel kann ein Beweis nicht existent werden [20]). Jeder wesentliche Bestandtheil des Processes hat wieder *seinen eigenen Begriff* und *nächsten Zweck*, und mithin seine eigene naturwesentliche Bestandtheile.

Eben so gehet es aus den Natur-Gesetzen des Causal-Zusammenhangs von selbst hervor, dafs, ist einmal eine *wesentliche Grundlage* verletzt, legal nicht vorhanden, alles, was auf

[20]) Es folgt aber nicht, dafs mehrere zu demselben Zweck concurrirende Mittel in dem nemlichen Procefs *sämmtlich* zur Anwendung kommen *müfsten*. §. e. *g. d. E.* Insofern das Gesetz die *Wahl* offen läfst, (Martin §. 170), kann man jene Mittel *electiv wesentlich* nennen.

auf dieſelbe fortgebaut, auf ſie geſtützt, oder *aus ihr* gefolgert wird, als das *Product einer Nichtigkeit* ebenfalls *nichtig* ſeyn muſs [21]). Die *nichtige* Klage z. B. kann eine rechtsverbindliche Antwort, der *nichtige* Beweis ein rechtsgültiges Urtheil, die *nichtige* Sentenz eine gültige Vollſtreckung, *nicht begründen.*

§. d.

Eine aus dem Abſeyn eines abſolutweſentlichen Proceſstheils, oder aus der Verletzung deſsen Subſtanz, hervorgehende Nichtigkeit nennen die Geſetze *unheilbar*, indem ſie *ſolche* Nichtigkeiten *dahin* definiren:

„Nullitäten, welche *inſanabilem defectum* aus der *Perſon* des *Richters* oder der *Parthey* [22]), oder aus den *Subſtantialibus des Proceſſes* [23]), nach ſich führen“ [24]).

Un-

[21]) *Rückwärts* wirkt die Nichtigkeit *als ſolche* nicht, d. h. ſie bewirkt keine *Nullität* der ihr vorausgegangenen rechtsgültigen Verhandlungen. Aber die Anwendung des aus dieſen erworbenen Rechts kann ſelbige hemmen, und wohl gar vereiteln.

[22]) Man ſehe §. b. nr. 1. 2 u. 3. dieſer Abhandl. III.

[23]) M. ſ. §. b. nr. 4. 5. 6. 7. 8. d. Abhandl. III.

[24]) Reichs-Abſchied v. J. 1654. §. 122. Ueber die-

Unheilbar ſind dieſe Nichtigkeiten allerdings. Denn was ſeinem geſetzlich gegebenen Begriff nach, phyſiſch oder moraliſch, nicht exiſtirt, leidet keine *Verbeſſerung*, oder *Wiederherſtellung*; es kann nur durch eine beſondere, ſelbſtſtändige, Handlung als ein *neues Product* hergeſtellt werden [25]). Das in dem Moment ſeines Werdens wieder zuſammengeſtürzte Hauſs iſt *kein Hauſs*, die Ruinen laſſen ſich vielleicht zur Errichtung eines neuen Gebäudes als Mittel kunſtmäſig benutzen, allein die ſo entſtehende neue Wohnung iſt *nicht jenes* vernichtete Hauſs. So iſt die dunkle Klage *als ſolche* juridiſch nicht vorhanden, durch ihre Aufhellung aber entſtehet eine *neue* Klage, auf die der Beklagte, ehe der Proceſs weiter gültig voranſchreiten kann, zuvörderſt vollſtändig und legal gehört werden muſs.

 Selbſt

dieſen §. u. §. 121. ſ. m. inſ.: Schnaubert u. Meyer, von Martin citirt §. 283. Biedermann, de vera ſentent. nullitate ſive inſanabili. Lipſ. 1772, u. Almendingen, a. a. O. pag. 293 u. d. f. Jenem Reichsgeſetz gienge voran die *Cammerger. Ordn.* v. J. 1521. Tit. 21. u. v. J. 1555. Thl. III. Tit. 34.

[25]) L. 29. Dig. de regulis juris. 50. 17.

Selbst der *blose Wille* der Partheyen [26]) kann nicht schaffen, was nicht begriffmäsig existirt, selbst der Absluss der Verjährungszeit kann das Todte nicht heilen, oder beleben. Einen Vertrag, Vergleich, können die Partheyen über die *Folgen* jener Nichtigkeit schliessen, die aus solcher entspringende Klage kann durch Verjährung erlöschen; allein dann haben die Rechte, welche durch jenen Vertrag, oder durch die Verjährung, festgestellt werden, keineswegs den *Process*, sondern den *Vertrag*, oder die *Verjährung*, zur Quelle.

Eben daher wollen auch die positiven Gesetze [27]), dass das blose, zehn Tage hindurch andauernde, Nichtthätigwerden, aus welchem in der Regel eine stillschweigende Ein-

[26]) Man mache hier keine falsche Anwendung auf die Möglichkeit der Ratihabition der Handlungen eines nicht legitimirten Anwalds. Denn die Gesetze lassen auch einen gerichtlichen negotiorum gestor, Defensor, (MARTIN §. 74.) unter der Bedingung zu, dass er diese Eigenschaft mit der eines Mandatars verwechsele, u. den Beweis des Auftrags noch beybringe. Vermag er dieses nicht, *dann* tritt unheilbare Nichtigkeit seiner Verhandlungen ein.

[27]) *Reichs-Abschied* v. J. 1654. §. 121 u. 122.

Einwilligung der Partheyen [28]) in das richterliche Erkenntnis und deſsen Rechtskraft [29]) gefolgert wird, die aus der Verletzung eines abſolutweſentlichen Beſtandtheils des Proceſſes hervorgehende Nichtigkeit zu heilen nicht vermöge, ſondern daſs nur eine *klar erklärte Beyſtimmung* [30]) des Verletzten, ingleichen die Verjährung, als das *allgemeine* Tilgungs- und Umformungs-Mittel faſt jeglichen Rechtsverhältniſſes, die Folgen jener Rechtsnullität auslöſchen und aufheben ſolle [31]).

Dieſes *Verlöſchen* könnte auch, wäre es *Wille* einer poſitiven Geſetzgebung, in einer beſtimmten kürzern Zeit geſchehen — eben ſowohl in zehn Tagen, als binnen dreyſig Jah-

[28]) G. L. Böhmer, in princ. jur. can. §. 823.

[29]) Martin, §. 109.

[30]) L. 3. Cod. quomodo et quando judex rel. 7. 43. Aus dem Verzicht auf den Gebrauch eines *ordentlichen* Rechtsmittels, oder aus deſſen Nichtgebrauch, läſst jener *adſenſus* ſich nicht folgern. Hiervon ad §. 271.

[31]) Martin §. 284. Es folgt aus der allgemeinen, L. 3. Cod. de praeſc. XXX. ann. 7. 39. enthaltenen, Regel von der Verjährung der *Klagen*. Das in L. 19. Cod. de appell. 49. 1. vorkommende Wort: *praeſcriptio* bezeichnet: *exceptionem* rei judicatae.

Jahren; allein ſo wenig ein ſolches Geſetz als Ausfluſs ſtaatsrechtlicher Weisheit ſich betrachten lieſse, ſo gewiſs enthält es einen unheilbaren Widerſpruch, „die *abſolut*, in ſich ſelbſt, *nichtige* Handlung durch einen Zeitablauf für *heilbar* zu erklären.“ Ein ſolcher Ausſpruch der geſetzgebenden Gewalt ſagt nichts weniger, als: „in einen ſolchen Fall ſolle der geſetzlich feſtgeſtellte Begriff und Zweck des Proceſſes *aufgelöſst* ſeyn, und ein *anderer* Begriff die Stelle einnehmen.“

§. e.

Poſitive Nichtigkeiten.

Auſser und *neben* den zum geſetzlich beſtimmten Grundweſen des bürgerlichen Proceſſes abſolut erforderlichen Handlungen ſind jedoch von dem Geſetz noch manche andere Handlungen zur Beobachtung in deſſelben Entwickelung *geboten*. Sie ſind das *Gewand* und die *Beförderungs*mittel der Subſtantialien. Dortzu gehören inſonderheit die geſetzlich conſtituirten Formalitäten, Feyerlichkeiten [32]), des Proceſſes, die Friſten u. dergl. z. B., daſs die Antwort auf die Klage in zergliederten Sätzen geſchehen, der Beweis in einer

[32]) Gönner, a. a. O. Thl. II. Abh. XXVIII.

einer beſtimmten Friſt angetreten, das Beweismittel im Gericht feyerlich producirt werden, das Rechtsmittel wider ein richterliches Urtheil innerhalb zehn Tagen nach deſsen Bekanntmachung eingewendet werden ſoll, u. ſ. w.

Inſoferne ſich nun dieſe Formalitäten hinwegdenken, oder mit andern verwechſeln lieſsen, ohne daſs ſolches die weſentlichen Grundbeſtandtheile des Civilproceſſes erſchüttern und von ihrer Stelle rücken müſste, inſofern kann man ſelbige *zufällige* Beſtandtheile des Proceſſes, *accidentalia*, benennen, und den *Eſſentialien* gegenüber ſtellen. Inſoferne hingegen das Geſetz die Beobachtung dieſer Formalien u. ſ. w. *gebietet*, und alles nichtig iſt, was dem Willen des Geſetzes widerſtrebt, nicht in der geſetzlich vorgezeichneten Form exiſtent wird [33]), ſind ſie keinesweges *bloſe Accidentalien*, *zufällige* Erſcheinungen, ſondern ebenfalls *weſentliche* Beſtandtheile des gerichtlichen Verfahrens. Allein ſie ſind *nur poſitiv*-weſentlich, keine *abſolute Folge* aus der *Natur* der Subſtantialien. Ihre Unterlaſſung und Verletzung producirt daher ebenfalls eine

[33]) L. 5. Cod. de legibus. I. 14. GÖNNER, a. a. O. Thl. II. Abh. XXVIII. §. 3. u. d. f.

eine Nichtigkeit, jedoch eine *blos positive* [34]) Nullität, welche die Substantialien des Processes (§. b.) nicht auflöst, und also *insoferne heilbar* ist, mithin aber auch durch den Willen der Partheyen dergestalt zur Seite gestellt werden können, dass der Process dennoch *dieser*, und *als solcher*, mit allen gesetzlichen Folgen, *rechtsgültig* bleibt. Ja *diese* Heilung erfolgt schon durch das zehntägige, einen fingirten Vertrag bildende, Schweigen der beeinträchtigten Parthey nach der Eröffnung einer richterlichen, über eine blos positive Nullität hinwegsehenden, Sentenz [35]), so wie durch das, jener Nullität ungeachtet, erfolgende weitere, *unbedingte*, Vorschreiten der streitenden Theile auf dem Wege des eingege-

[34]) Beschluss des Fürstenraths v. 18/28 April 1645. vid. not. und Almendingen a. a. O. pag. 298.

[35]) Der sententia injusta sive iniqua, welche der Reichsabschied v. J. 1654. §. 121., so wie die C. G. O. v. 1521 u. 1555., der sententia *nulla*, i. e. insanabilis, entgegen setzt, hat sowohl die nur positiven Nichtigkeiten zur Grundlage, (Beschluss des Fürsten-Raths v. 18/28 April 1654.) als auch jede andere richterlich-entscheidende Verletzung eines streitenden Theils. Martin §. 283. Im *speciellen* Sinn bezeichnet *nullitas* die *unheilbare* Nichtigkeit.

geſchlagenen Proceſſes. Wenn z. B. die an eine ausſchlieſsende Friſt gebundene Antretung des Beweiſes erſt *nach* dem *Abfluſs* derſelben erfolgt, ſo iſt die Befugnis zur Beweisführung erloſchen, und der Beweis *in dieſem Betracht nichtig*. Nimmt jedoch der Richter den verſäumten Beweis noch an, rügt nun auch der Gegner das Verſäumnis nicht, ſondern ſchreitet mit dem Beweisführer auf dem Weg des Proceſſes unbedingt weiter voran, läſst ſich wohl ein, über jene Nullität hinwegſehendes, das Alter von 10 Tagen beſchreitendes, Erkentnis gefallen, ſo iſt ſie *geheilt* — die blos poſitive Nullität. Für den Beweis an ſich betrachtet, als ein ſubſtantieller Beſtandtheil des Proceſſes, für die richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der dem Rechtsſtreit zum Grunde liegenden Thatſachen, iſt es *gleichviel*, ob ihm die *Mittel* zur Erforſchung jener Wahrheitsverhältniſſe einige Zeit *früher* oder *ſpäter* dargebracht werden, und inſoferne hat die poſitive Nichtigkeit auf das Eſſentiale, worauf ſie ſich beziehet, auf den Beweis ſelbſt, durchaus keinen *auflöſenden* Einfluſs.

Da nun die poſitive Nullität durch den Willen der Parthey ſich heilen läſst, da ſie *nur dann* von Wirkung iſt, wann der Richter

ter von Amtswegen sie rügen darf und rügt, oder wann der Gegner, welcher einen Vortheil dorther ableiten kann, diesen wirklich legal sich zueignet, so können *dergleichen* Nichtigkeiten *bedingte* Nullitäten genannt werden, nemlich *bedingt durch den Willen des Richters und des streitenden Interessenten.* In diesem Betracht ist im Gange des Civilprocesses alles, was *ausser* den *Substantialien*, auch *deren* absolutwesentlichen *Bestandtheilen* und *Mitteln*, nach Vorschrift der Gesetze beobachtet werden soll, nur *bedingt wesentlich.* Doch können die positiven Gesetze bestimmen, dass ein solcher Bestandtheil als absolut wesentlich *beurtheilt* werden solle [36]).

§. f.

Ausserwesentlich hingegen ist für das Verfahren im bürgerlichen Rechtsstreit blos dasjenige,

[36]) L. 3. in fine Cod. de sententiis et periculo recitantis. 7. 44. L. 6. Cod. quando prov. n. est. nec. 7. 64. L. 6. Cod. de sent. et interl. 7. 45. Was einmal für absolut wesentlich erklärt ist, können die Gesetze nicht hinwegnehmen, ohne die Sache selbst in ihrem Begriff aufzulösen und umzuformen. Dieses ist aber nicht nothwendig der Fall, wann ein im allgemeinen bedingt wesentlicher Act zum absolut wesentlichen erhoben wird. §. g. not. 43.

jenige, dessen Anwendung die Gesetze weder gebieten, noch verbieten, sondern nur, als einen untergeordneten Zweck in dem Procefs, *erlauben*; z. B. Caution zu fordern u. dergl. [37]).

§. 9.

Alle absolut oder natürlich wesentliche Bestandtheile des Civilprocesses sind zugleich *gemeinschaftliche* Essentialien *aller* Arten des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten; sie sind sowohl in dem ordentlichen, feyerlichen, Procefs, als in den summarischen Procefsarten, die *gesetzliche Grundbedingung*. Nur *Modulationen*, *Verschiebungen* und einzelne *Beschränkungen*, treten in dem Gebiete der einzelnen Procefsarten hervor, als Folge des *besondern* Zwecks, oder weil die Verfahrungsart zugleich auf das *mitverwebte Staatsinteresse* berechnet ist, an *policeyliche* Verfügungen angrenzt, und daher, als Opfer für das Allgemeine, insonderheit das Gehör des Beklagten beengt, oder verschiebt, ohne jedoch es *gänzlich* und *für immer* auszuschliefsen. So gehet in manchen Procefsarten dem Gehör des Beklagten der Beweis, wohl selbst die Verurtheilung [38]), voran;

[37]) Martin, §. 299.

[38]) Martin, §. 233. u. d. f.

voran; allein auch dieſer ſtarke Schein eines Abſeyns des weſentlichen Grundprincips §. b. nr. 4. verſchwindet, wenn man in Erwägung ziehet, daſs dergleichen Ausſprüche des Richters nur eine, wenigſtens *ſtillſchweigend*, *bedingte*, oder nur *interimiſtiſche* und *proviſoriſche*, Verurtheilung in ſich faſſen [39]), und die ſchwierige Abwendung beſonderer Gefahren bezwecken.

Auch iſt es möglich, daſs in einzelnen Proceſsarten die *äuſsere Entwickelung* der Subſtantialien, die *Mittel*, deren Wirkung hervorzubringen, beſchränkt ſind, z. B. in dem Executivproceſs, wo der Beweis der Klage mit deren Ueberreichung angetreten und ſchlechthin mit klaren erſchöpfenden ſchriftlichen Urkunden geführt werden muſs [40]); allein dadurch, daſs das Geſetz von den zu einem und demſelben Zweck concurrirenden Mitteln einen Theil, als zu jenem Zweck unbrauchbar, hinwegſtreicht [41]), und nur eins oder das andere zum ausſchlieſslich weſentlichen

39) Hiervon an ſeinem Orte. M. ſ. Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. VII. §. 8. u. Thl. IV. Abh. 79.

40) Martin, §. 239.

41) §. e. not. 20.

chen Bestandtheil des in seinem Begriff einfachen Substantials erhebt, ist weder dieses selbst, noch die Wesentlichkeit jener Mittel, überhaupt aufgehoben.

Die *blos positiven* Essentionalien hingegen können *als solche* seyn:

1) *gemeinschaftlich*, wann die Gesetze ihre Anwendung auf *alle* Procesarten ausdehnen; z. B. die Nothfrist für die Einwendung der ordentlichen Rechtsmittel [42]), das Actensammeln [43]), u. dergl.

2) *eigenthümlich*, wann sie die Gesetze nur in einer oder der andern Procesart beobachtet wissen wollen; z. B. die schon

[42]) MARTIN, §. 267.

[43]) Dass im Gericht alles niedergeschrieben werde, gebieten die Gesetze (Martin §. 18. n. V. u. *) nur der Ordnung und des sichern Beweises der Verhandlungen wegen. Diese *Formalität* ist also nur *bedingt* wesentlich; daher es auch gestattet ist, durch *andere* Beweismittel, als durch das Protocoll, sogar gegen dessen Inhalt, darzuthun, was vor Gericht verhandelt wurde. Cap. 10. X. de fide instrum. 2. 22. M. f. a. L. 3. §. 4. Cod. de privil. scholarum. 12. 30. Eine *Ausnahme* macht das röm. R. in Rücksicht auf die Abfassung der Erkenntnisse. L. 3. Cod. de sententiis et periculo recit. 7. 44.

ſchon erwähnte mit der Klage zu verbindende *Beweisantretung* in dem Hülfsproceſs. *Reſpectiv* weſentlich kann man dasjenige nennen, was die Geſetze *als Ausnahme* in Bezug auf *beſtimmte* Subjecte oder Objecte gebieten, oder verbieten; z. B. der klagende Vormund ſolle obrigkeitliche veniam ad agendum beybringen. Allein genau beleuchtet erſcheint hier nur eine *Nebenqualität*, oder *Nebenbeſtimmung*, oder ein *Mittel*, in Hinſicht auf gemeinſchaftliche, oder eigenthümliche, abſolute, oder bedingte, Eſſentialien; z. B. die Beſchränkung der Rechtsgültigkeit einer Legitimation zum Proceſs auf die zu der Procuratur und Advocatur öffentlich angeſtellten Subjecte.

§. h.

Grund-Maximen.

Zu einer klaren An- und Ueberſicht der Eſſentialien einer Proceſsart gehört inſonderheit die Kenntnis des *geſetzlichen Geiſtes* (modus) dieſer Verfahrungsart.

Der gemeine [44]) teutſche Civilproceſs hat

[44]) Eben ſo, und vorzüglich, der Sächſiſche bürgerliche Proceſs. Schweitzer, in dem Lehrbuch des Sächſ. bürg. Proceſſes §. 13.

hat auch *das* gemeinrechtliche Princip zur Basis: *suae quisque rei quilibet moderator est et arbiter* [45]) *ideoque juri suo renunciare potest* [46]). Daher ist der Berechtigte so wenig *zwangspflichtig*, sein gestöhrtes, oder ihm entzogenes, Privatrecht gerichtlich zu verfolgen, als dem Beklagten eine *absolute* Verbindlichkeit zur Vertheidigung obliegt. Jener kann sein Recht verjähren, dieser sich verurtheilen lassen, will er dem Verzichtrecht ein solches Opfer bringen. Dieser Grundsatz beschränkt sich nun nicht blos auf das Recht, *zu klagen*, oder auf die Klage zu *antworten* und Einreden vorzuschützen, sondern es pflanzt sich fort auf *alle einzelne Acte* des Processes, lebt und webt *in jeder* Verhandlung beyder Partheyen. Es kann z. B. der zum Beweis pflichtige, oder zum Gegenbeweis berechtigte, Theil, *will* er den Folgen sich unterwerfen, jene Handlung verabsäumen, der Beweisführer darf das ihm bekannte Beweismittel, der Verurtheilte das ihm zu Gebot stehende Rechtsmittel gegen die ungerechte Sentenz des Richters, *unter jener Voraussetzung* unbenützt lassen u. s. w.

Von

45) L. 21. Cod. mandati. 4. 35.

46) L. 46. m. f. Dig. de pactis. 2. 14. L. 29. Cod. ej. tit. 2. 3. L. 41. Dig. de minoribus. 4. 4.

Von diesem Princip ausgegangen ist also der Richter nicht befugt, als rechtlicher Beystand des Klägers, oder des Beklagten, sich zu benehmen, Thatsachen, welche weder der eine noch der andere Theil zur Aufnahme in die Acten vorbrachte, hineinzutragen oder zu ergänzen; sondern er muss insoferne sich *leidend* verhalten, und darf *nur das* als Gegenstand seiner Reflexion und Subsumtion unter das Gesetz ansehen, was die Partheyen selbst zu diesem Behuf *ihm darbringen*. *Nur dieses* soll er *verarbeiten*, alles andere Thatsächliche, wäre es ihm auch noch so bekannt, und hätte es den erheblichsten Einfluss auf den vorliegenden Rechtsstreit, ist für ihn *als Richter* nicht vorhanden [47]). *Insoferne* ist also die richterliche positive Thätigkeit *bedingt* durch den Vortrag der Partheyen, *beschränkt* auf diesen, und es wirft sich die Regel heraus: *judex ex officio non procedit.*

Diesen Geist des Processes nennt man: die *Verhandlungs - Maxime* [48]), weil der Richter *die Partheyen handeln* lassen muss, nur

[47]) Quod non est in actis, non est in mundo. Martin §. 65.

[48]) Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. VIII.

nur *deren Verhandlungen* als Gegenſtand ſeiner richterlichen Thätigkeit von dem Geſetz ihm vorgeſteckt ſind. Er ſelbſt würde die Geſetze verletzen und in das Privatrecht der Partheyen eingreifen, wollte er einen Vortheil dem einen ſtreitenden Theil aufdringen, und dadurch dem andern entziehen.

Man überſehe aber hierbey nicht, daſs jenes Princip: „*der Richter verfährt nicht von Amtswegen,*" nur auf *Thatſachen* ſich beziehet, und daſs der Richter neben der Pflicht, „jene ihm vorgetragenen Facta mit dem Geſetz zuſammen zu ſtellen, und das aus ihnen hervorgehende Rechtsverhältnis zu beſtimmen," auch noch die *beſondere* Amtsverbindlichkeit auf ſich hat, „des Proceſſes Gang ſo zu *leiten*, daſs derſelbe ſeinen *Zweck* erreichen kann — nicht als eine *vergebliche* Handlung in ſich ſelbſt zuſammenſtürzt" [49]). Vermöge dieſer Eigenſchaft *eines Directors* des gerichtlichen Streitverfahrens, und der Partheyen ſelbſt, muſs er alſo die *abſolut-weſentlichen* Beſtandtheile des Proceſſes *immer* im Auge haben, für ihr Daſeyn *poſitiv* thätig werden, und darf *nichts dulden*, was ihr Daſeyn untergräbt

[49]) Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. X.

gräbt. Es muſs daher *von Amtswegen* ſeine eigene Competenz, ſubjectiv und objectiv, prüfen, die dunkle, unſchlüſsige, offenbar rechtloſe, Klage und Einrede u. ſ. w., überhaupt alles zweckloſe und zweckwidrige, z. B. den offenbar irrelevanten Beweis, verwerfen, die Berichtigung der Legitimationen befehlen, das Wechſelgehör der Partheyen veranſtalten, wenigſtens legale Gelegenheit hierzu geben, den Beweis vorgebrachter und ſeiner Reflexion würdiger, jedoch ſtreitiger, Thatſachen gebieten, nutzloſe Eyde für unzuläſsig, abſolut nichtige Erkenntniſſe *ex officio* für unwirkſam erklären, u. ſ. w. Ja er darf und muſs, um ſeine Vorſtellung von den *ihm dargebrachten* factiſchen Verhältniſſen zur Klarheit zu bringen, auch *in dem Bezirk der Thatſachen* ſelbſtthätig zu werden [50]), ſo wie er alles von Amtswegen zu ergreifen und zu verfügen hat, was den Rechtsſtreit, ſo wie dieſer vorliegt und von den Partheyen gegeben iſt, in ſeinen innern Theilen kettet und zum Ziel der legalen Entwickelung und Entſcheidung führt [51]). *Ausnahmsweiſse* können die Geſetze den Richter ſogar zu der Ergänzung

[50]) Martin, §. 124. u. 205.

[51]) Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. IX.

gänzung einer Thatſache befugen, ohne daſs hierdurch die Verhandlungs-Maxime aufgelöſst und verbannt würde.

Am wenigſten gebunden iſt aber des Richters *rechtswiſſenſchaftliche Reflexion* über die von den Partheyen vorgebrachte Thatſachen, indem er dieſe unter das Geſetz ſubſumirt, um zu vergleichen, zu urtheilen, ob das, was die Parthey durch jenes ihr Vorbringen erzielen will, wirklich aus dem Geſetz folgt, mithin als *Recht* von Staatswegen anzuerkennen und auszuſprechen ſey. Hier ſtehet dem Richter das *ganze Gebiet* der ihn beherrſchenden Geſetzgebung offen; das Geſetzbuch vertritt die, *für* und *gegen* jede Parthey von ſelbſt ſprechenden, allgemein gültigen, jedem einzelnen Rechtsſtreit *ſtillſchweigend einverleibten*, Acten, *aus welchen* er ſchöpft und anwendet, die Parthey und ihr Rechtsbeyſtand mag ſich richtig oder falſch, oder gar nicht, darauf bezogen haben. *Dieſes* richteramtliche Ergänzungsrecht, *dieſe* Ergänzungspflicht, bezeichnen die Geſetze durch die, nicht auf Thatſachen zu erſtreckenden, Worte: *non dubitandum eſt, judicem, ſi quid a litigatoribus, vel ab his, qui negotiis adſiſtunt*, minus fuerit dictum, *id* ſupplere, *et*

 pro-

proferre, *quod ſciat* legibus et juri publico *convenire* [52]).

So wie aber die Natur des Proceſſes, die Feſtſtellung deſsen Grundprincipien, und der ganze Gang ſeiner Entwickelung, von dem Willen der Geſetzgebung jedes unabhängigen Staates ausgehet [53]), ſo kann dieſer auch wollen, daſs der Richter, ſobald ſolcher als Staatsrepräſentant um Rechtshülfe angerufen worden iſt, *von Amtswegen* alle *Mittel* ergreife, das Rechtsverhältnis zwiſchen dem Kläger und Beklagten zu erörtern, an das Licht zu ziehen, und alsdann durch einen richterlichen Ausſpruch feſtzuſtellen. Zu dieſem Zweck kann der Geſetzgeber den Richter befugen, z. B. auch die thatſachlichen Einreden des Beklagten von dieſem, um ſie den Acten einzuverleiben, *fragend zu erforſchen*, eben ſo die Beweismittel jeder Parthey zu erfragen, oder auch wohl aus eigener Wiſſenſchaft ſolche, welche keiner der ſtreitenden Theile bemerklich gemacht hat, *hinzuzufügen*, kurz faſt ſo, wie der Richter von Amtswegen die Wahr-

[52]) L. un. Cod. ut quae deſunt advocatis partium judex ſuppleat. 2. 11.

[53]) Abhandl. II. §. a.

Wahrheit und den Thäter eines Verbrechens zu erforſchen und juridiſch feſtzuſtellen ſich bemühet, das ſtreitige civilrechtliche Verhältnis der Intereſſenten zu entwickeln.

Iſt *dieſes* der Wille der Geſetze, ſo kann man ſagen: „der Civilproceſs beruhe auf der *Unterſuchungs*-Maxime“ [54]. Sie *herrſcht* in dem Preuſſiſchen bürgerlichen Proceſs [55], und man muſs dahin geſtellt ſeyn laſſen, ob ihre Vortheile diejenigen überwiegen, welche aus der Verhandlungs-Maxime des teutſchen gemeinen und Sächſiſchen Proceſſes für die privatrechtliche Freyheit der Partheyen hervorgehen. Dem teutſchen Character ſcheint die Verhandlungs-Maxime mehr zu entſprechen, und nicht dieſe, ſondern ihre, einer Verbeſſerung leicht fähige, *Ausartung* in einen ſchändlichen Schlendrian träger Richter und eigennütziger, im Felde der Rechtswiſſenſchaft unbekannter, Form-Advocaten, verbunden mit zweckloſen Weitſchichtigkeiten und entbehrlichen Formalitäten, iſt der Grund, warum

[54]) Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. VIII. §. 10. u. d. f.

[55]) Fr. v. Martens, Geiſt des Preuſſiſchen Civil-Proceſſes. Halberſt. 1802.

warum sie in Hinsicht der Kürze, zu dem Endziel des Processes zu gelangen, dem Verfahren nach der Untersuchungs-Maxime nachstehet [56]. Wenigstens sorge das Land, welches diese adoptiren oder nachahmen wollte, für rechtskluge Richter von strenger Gewissenhaftigkeit und unbestechlicher Redlichkeit.

[56]) Man besolde nur gehörig solche Richter, welche mit einer umfassenden Rechtskenntnis einen lebendigen, des Dirigirens mächtigen, Geist verbinden, veredle den zur Handwerkerey sich neigenden Advocatenstand, beschränke die Schriften und Sätze auf die Duplik, kürze die Beweis- und andere Formalien, gestatte jedem Theil in dem Hauptverfahren nur *eine* Schrift, verhindere insonderheit die gedehnten Wiederholungen in den Revisions-Leuterungs- und Appellations-Instanzen, lasse überall die in den teutschen Gesetzen so stark ausgesprochene *Eventual-Maxime* thätig seyn u. s. w., so wird die Verhandlungs-Maxime, und die in solcher liegende freye Selbstständigkeit und Würde der Partheyen, sich vorzüglich bewähren, als der sicherste Weg zu dem förmlichen Recht, als Schutz gegen Leidenschaft und Willkühr befangener Richter, und selbst als Mittel, die Wissenschaft des Processes höher auszubilden.

IV.

IV.

Zu §. 27. 28. 29. 30.

Connexität, (Zusammenhang, Verwandschaft), formelle, materielle. Hauptsache. Nebensachen. Vorbereitende, — praejudicielle, — Incident-Puncte.

§. a.

Connex nennt man zwey oder mehrere Objecte des gerichtlichen Verfahrens, d. h. zwey oder mehrere im Rechtsstreit befangene, oder hierzu sich eignende, Punkte, wann sie entweder

A), ohne ursprünglich unter sich verwand zu seyn, oder in einem rechtsverhältlichen Bezug auf einander zu stehen, in dem Gange des Processes mit einander *vereiniget werden*, sey dieses

1) vermöge gesetzlicher *Erlaubnis*, oder

2) im Gefolge eines *Befehls* der Gesetze, oder

oder wann dieselben

B) schon ihrem Ursprung, ihrer Quelle, nach in einer natürlichen, factischen, Verwandschaft stehen, oder auf das nemliche Object eines Rechtsverhältnisses sich beziehen, wenigstens in Hinsicht auf die Rechtsverfolgung bezugsweise sich unterstützen, oder mit Einfluss berühren.

§. b.

Die unter A. beschriebene äussere Verbindung mehrerer Processgegenstände erhält den Nahmen „der blos *formellen* Connexität" — *continentia causarum mere extrinseca* [1]) — weil die mehreren Streitpunkte nur *durch die äussere Form des Processganges* in Verbindung treten — durch die Acten des Rechtsstreits ein *gemeinschaftliches Gewand* erhalten.

Geschiehet dieses weil die Gesetze die Form-Verbindung *deshalb* erlauben, um einer

[1]) Gönner, in dem Handb. u. s. w. Thl. II. Abh. XXV. §. 7. u. d. f. nennt es die *subjective* Connexität, indem *nicht die Objecte* der mehreren Streitfragen in Verbindung oder Bezug stehen, sondern die Verbindung nur durch die processualische Handlung einer Parthey — eines Subjects — begründet und hervorgebracht wird.

ner Parthey, ſey es dem Kläger oder dem Beklagten, einen *Vortheil* zu verſchaffen, ihm die Rechtsverfolgung oder Vertheidigung zu erleichtern, ſo bildet ſich durch eines ſtreitenden Theils Benützung dieſes Vortheils die *willkührliche* formelle Connexität.

Dahin gehört hauptſächlich:

1) die objective Klagenhäufung [2]) —

2) des Beklagten gleichzeitiger Vortrag mehrerer, ihrem factiſchen Grund nach verſchiedener, Einreden gegen die nemliche Klage [3]) —

3) das gemeinrechtlich geſtattete Anbringen und Durchführen einer ſogenannten Wiederklage in den Acten der Hauptklage, ſtänden auch beyde, der Quelle nach, oder durch das Object, durchaus in keiner Verwandſchaft [4]).

Gebietet aber das Geſetz die Verbindung durch die Form, ſo entſtehet eine *nothwendige* formelle Connexität, Als Beyſpiel gehört dahin der Concursproceſs [5]), in welchem der

[2]) MARTIN, §. 135.

[3]) MARTIN, §. 93.

[4]) MARTIN, §. 146.

[5]) MARTIN. §. 310. u. d. f.

der Gläubiger, will er sich von der Masse nicht ausschiessen lassen, zwangsverbindlich ist, seine sämtlichen Forderungen an den Gemeinschuldner, gegen die Regel des Verbots einer subjectiven Klagenhäufung, in den nemlichen Acten anzubringen und zu verhandeln, in welchen auch die übrigen Gläubiger zu gleichem Zweck thätig werden.

§. c.

Ohne den Willen des Gesetzes kann die formelle Connexität nicht erlaubt seyn, indem ungebundene Willkühr, sie hervorzubringen, den Procesßgang in Verwirrung setzen und hemmen würde. Daher ist namentlich die subjective Klagenhäufung als Regel verboten. Ist aber jene Form-Verbindung gesetzlich gestattet, so ist sie in Rücksicht auf das zu ihr *berechtigte* Subject der Regel und Vermuthung nach *nur willkührlich*; der Gegner hat kein Zwangsrecht, sie zu fordern, der auf sie verzichtende Theil verliehrt nichts weiter, als den ihm vom Gesetz dargebotenen Vortheil der gleichzeitigen, resp. mehr bequemen, Verhandlung und Entscheidung. Die Gesetze, welche ein anderes Princip aufzustellen scheinen, sind eines Theils von einer Art der *materiellen* Connexität mehrerer,

des-

deshalb an einen und denselben Gerichtsstand verwiesener, Streitpunkte zu verstehen, und andern Theils mit besondern *Nebenverhältnissen* bedingt. Denn z. B. Cap. 43. X. *de rescriptis.* 1. 3. spricht von einem *bösabsichtlichen*, *chicanösen*, gleichzeitigen Angriff auf den Beklagten in mehreren Gerichten, um denselben durch überhäufte Arbeit und einen lästigen Kostenaufwand zu ermüden, so aber zu nöthigen, dem Kläger aus Ueberdruss nachzugeben, und schliesst hingegen eine *redliche*, jenen schändlichen Zweck nicht beabsichtigende, Trennung mehrerer selbstständigen Klagen und deren gleichzeitige Verfolgung in verschiedenen Gerichten keinesweges aus [6]). Auf *jenes Verbot* beziehet sich Cap. 3. in *6to de rescriptis* 1. 3. ausdrücklich zurück, und in der Nov. 96. cap. 2. wehet, nach dem Inhalt der Schlussworte [7]), derselbe Geist — Chikane zu verhüten. Selbst die aus den

[6]) Von solchen Klagen, deren eine die andere aufhebt, z. B. L. 43. Dig. de regulis juris. 50. 17. L. 53. Dig. de obl. et. act. 44. 7. L. 4. §. 2. Dig. de nox. act. 9. 4. L. 6. Dig. de except. rei jud. 44. 1. ist hier nicht die Rede. Glück, in der Erl. d. Pand. Thl. IV. §. 284. d.

[7]) „Ut ita tales eorum auferamus artes, et in alterutros calumnias.“

den beyden letztern Gesetzen gefolgerte Vorschrift, „der Beklagte dürfe den Kläger, so lange die Conventionssache noch fortdauert, bey einem andern Gericht nicht belangen“ [8]), ist in jenes Gebiet einer *beabsichtigten Chikane* zu verweisen; und wenn insonderheit Cap. 3. cit. dem Beklagten zu gebieten scheint, „die abgesonderte Wiederklage [9]) nur bey dem Richter der Hauptklage anzubringen“, so wird hierbey gewiss eine *materielle* Connexität der gegenseitigen Ansprüche vorausgesetzt.

§. d.

Auf den *Ort* der processualischen Verhandlung hat die Wahl einer *formellen* Verbindung verschiedener Streitpunkte *insoferne* Einfluss, als durch dieselbe ein *specieller Gerichtsstand* begründet werden kann [10]). Der *Processgang selbst* aber wird durch die hergestellte Form-Connexität *insoferne* bestimmt, als die auf diese Weise vereinigten Streitpunkte als Vorwurf *eines und desselben* einzelnen

[8]) Schmidt, in dem Lehrb. v. ger. Klag. und Einr. §. 85. n. e.

[9]) Martin, §. 146. Schmidt, a. a. O. §. 86.

[10]) Martin, §. 51.

nen Processes betrachtet, gleichzeitig, nach *einerley Procefsregeln*, verhandelt und entschieden werden, mithin aber auch von der *die Verbindung durch die Form* wählenden Parthey dergestalt aufzustellen sind, dafs ihr gemeinschaftliches Gewand, die Form, über alle zugleich sich verbreite, und so das Ganze nach gleichmäsigen Principien des Procefsganges sich leiten und beherrschen läfst.

Wer z. B. zu der objectiven Klagenhäufung vorschreitet, mufs in Hinsicht auf *sämmtliche* in der Klagschrift vorgetragene Klagen *eine und die nemliche*, für *alle* zuläfsige, Procefsart wählen [11]), und erwarten, dafs wenn auch eine oder die andere Klage *früher* erwiesen wäre, als die andere [12]), doch das Enderkenntnis und die Hulfsvollstreckung in Rücksicht auf die erstere nicht eher erfolgt, als bis auch die unerwiesene Klage zu dem nemlichen Ziel vorgerückt ist. Eben so mufs der Wiederkläger, will er seine Wiederklage mit der Hauptklage in *den nemlichen Acten* ver-

[11]) Glück, in der Erläuter. d. Pand. Thl. IV. §. 284. c. nr. 16.

[12]) Z. B. durch des Beklagten Geständnis in der Einlassung.

verhandelt und entschieden haben, nach der von dem Hauptkläger gewählten Processart sich bequemen [13]). Da es nun möglich ist, daſs eine jener gehäuften Klagen, würde sie abgesondert angestellt, zu einer mehr schleunigen Verfahrungsart sich eignet, und der Kläger durch *diese* weit einfacher und schneller zu seinem Ziel, Verurtheilung des Beklagten u. s. w., vordringen, da eben dieses in Hinsicht auf die Wiederklage der Fall seyn kann, u. dergl., so erheischt es juridische Vorsicht, zuvörderst, ehe man zur Production einer erlaubten formellen Connexität vorschreitet, die einzelnen Streitpunkte nach deren besondern Natur zu beleuchten, und die *Folgen* der Vereinigung nach den Grundsätzen der Processtheorie in Erwägung zu ziehen.

§. e.

Die §. a. lit. B. angedeutete natürliche und sich beziehende Verwandschaft mehrerer Rechtspunkte giebt den Begriff der *materiellen* Connexität — *continentia causarum intriseca* [14]).

Sie

[13]) Glück, a. a. O. Thl. III. §. 204. und 5. nr. III.

[14]) Gönner, a. a. O. nennt dieses die *objective* Con-

Sie ist vorhanden,

1) insoferne zwey, sey es a) ihrem Object und Zweck nach verschiedene [15]), oder b) denselben Gegenstand berührende [16]), die Grundlage zu zwey abgesonderten Processen darbietende, Retchssachen aus aus dem nemlichen factischen Verhältnissen entspringen [17]). Z. B. die durch ein Verbrechen begründete Criminal - und Civil-

Connexität, weil die mehreren Rechtspunkte auf das Object der Hauptsache sich beziehen. Es dürfte jedoch dieser Begriff zu enge, und nur auf die unter 1 b) bezeichneten Rechtssachen anwendbar seyn.

[15]) L. un. Cod. quando civilis actio. rel. 9. 31.

[16]) L. 5. Dig. de exceptione rei judic. 44. 2. Ueberhaupt dient die Klagen-Concurrenz hier als Beyspiel. Martin, §. 91. Thibaut, in dem System des Pand. R. Thl. I. §. 67. Glück, in der Erl. der Pand. Thl. IV. §. 284. a.

[17]) Gönner, in dem Handb. Thl. I. Abh. XXV. §. 11. und Danz, in d. Grundf. d. ord. Proc. §. 54. bezeichnen dieses mit dem Nahmen: connexe Sachen im eigentlichen Sinne. Sie sind allerdings durch die Geburt, oder das Object, verwand, können aber im Rechtsverfolgungs-Gebiet bald getrennt, bald vereint, erscheinen, je nachdem das Gesetz es erlaubt, gebietet, oder verbietet.

Civil-Klage, oder zwey electiv concurrirende Rechtsverfolgungs-Mittel — 2) in dem Verhältnis der Zubehörungen und Nebenforderungen zu der Hauptſache; z. B. Früchte des Streitobjectes, Zinſen des geklagten Darlehns, Koſtenaufwand des Rechtsſtreites u. dergl.[18]) — 3) inſofern eine Rechtsſache mit derjenigen, welche den *Hauptzweck* der Parthey verfolgt, mit *dieſer Hauptſache*, dergeſtalt in Verbindung ſtehet, daſs erſtere entweder als geſetzliche *Bedingung* der letztern, oder als deren *Beförderungs-Mittel*, erſcheint, oder ſonſt, ihrer Natur nach, Einfluſs auf den Proceſsgang und die Entſcheidung der Hauptſache hat.

Daher

[18]) Martin, §. 87.

Die unter 2) erwähnten Gegenſtände, welche man den Nebenpunkten beyzuzählen pflegt, ſind zufällige Theile der Hauptſache. Claproth, a. a. O. Thl. I. §. 100. Wenn aber dieſer und Danz, in den Grundſ. d. bürgerl. Proceſſes, §. 53. not. a), auch die Wiederklage und Principal-Intervention dorthin rechnen wollen, ſo iſt ſolches dahin zu berichtigen, daſs dieſe Punkte zugleich als *ſelbſtſtändige* Hauptſachen betrachtet werden können.

Daher entstehet der Begriff:

a) der *präjudiciellen* Streitsachen und *Präjudicial-Punkte.*

Wird nemlich über ein Recht gestritten, dessen Anerkennung und Ausspruch durch den Richter von der Existenz oder Nichtexistenz einer andern Rechtsthatsache *abhängt*, so bildet diese *Vorfrage*, dieser Präliminar-Punkt, die *Präjudicial-Sache* [19]), das hiervon abhängige, den *Hauptzweck* der Parthey in sich enthaltende, Rechtsverhältnis hingegen die *Hauptsache* —

b) der *präparatorischen* Streitsachen oder Punkte; d. h. welche die zur Rechtsverfolgung bestimmte Hauptsache nur *vorbereiten*, etwas *zum Voraus* herstellen, was die Eröffnung des Hauptprocesses instruirt, erleichtert, befestiget, dessen Vorschritt befördert, oder die etwas entfernen, was jene Rechtsver-

[19]) Dahin gehören insonderheit die einen affirmativen oder negativen Rechtszustand verfolgenden Klagen, die eben deshalb den Nahmen *Präjudicial*-Klagen führen. SCHMIDT, a. a. O. §. 218. u. d. f.

verfolgung erschweren und hemmen könnte [20]) —

c) der *Incident*-Streitfragen und Punkte, oder Zwischenhandlungen; d. h. welche durch die Hauptsache *producirt* oder *veranlaſst* werden, und, wegen des Einflusses auf diese, *neben* oder *mit* solcher verhandelt und festgestellt werden müssen [21]).

§. f.

Abgesehen davon, daſs vorzüglich präjudicielle und präparatorische, ja selbst manche incidirende, Streitfragen einen *für sich selbstständigen* und unabhängigen Proceſs begrün-

[20]) Z. B. die actio ad exhibendum, die Aufforderungen zur Klage, Auswirkung der venia agendi, Bevormundungen, Urkundeneditions-Gesuche, des Klägers Perhorrescenz des ordentlichen Richters, Bitte um einen commissarischen Richter, u. dergl. CLAPROTH, a. a. O. Thl. I. §. 96. 97 u. 98.

[21]) Z. B. die Wiedereinsetzung in den vor. R. St., Wiederaufnahme des Rechtsstreits, Litisdenunciation, Intervention, Ungehorsamsbeschuldigungen, u. dergl. vid. MARTIN §. 80 und 291. u. d. f.

gründen und bilden [22]), mithin *insoferne* als eine *Hauptsache* betrachtet werden können, darf man alle übrigen Präjudicial-, vorbereitende, und Incident-Punkte „*Neben-Punkte*" nennen. Einem allgemeinen Begriff nach ist nemlich in dem Procefsgange alles *Nebensache*, was *nur mittelbar* auf den *Hauptzweck* des Klägers oder Beklagten — auf dessen Verurtheilung oder Entbindung — hinarbeitet, oder *ausser und neben diesem Hauptzweck* dem Rechtsstreit sich *beymischt* [23]). Es mögte hin-

F 2 gegen

[22]) Z. B. alle Präjudicialklagen; auch die actio ad exhibendum, Urkundenedition, insoferne das Document einem Nichtinteressenten des Rechtsstreits abverlangt wird, die Principal-Intervention u. s. w.

[23]) Dafs sich die Nebensachen a) entweder auf die *Subjecte* des Processes beziehen, d. h. auf das Gericht, die Partheyen und deren Nebenpersonen, z. B. Perhorrescenz, Armenrecht, Legitimationen u. d. gl., oder b) auf die *Sache* selbst, z. B. Editions-Gesuche, Beweis zum bleibenden Gedächtnis u. d. gl., oder c) auf die *Verfahrungs-Art*, z. B. Fristgesuche u. d. gl. Claproth a. a. O. §. 96. u. d. f. Danz, a. a. O. §. 51. u. d. f. folgt aus dem Wesen des Processes. Allein diese Eintheilung trägt zur Klarheit wenig bey, und es ist auch ein *gemischtes* Verhältnis denkbar.

gegen höchst schwierig bleiben, solche Eintheilungsgünde der präjudiciellen, präparatorischen und Incident-Punkte aufzustellen, wodurch der Begriff dieser einzelnen Erscheinungen im Procefs so scharf bestimmt und gesondert würde, dafs er in jedem Falle *rein* sich zur Anwendung bringen liefse. Denn so wie selbige nicht immer als juristische *Streitfragen*, sondern häufig nur als Gegenstand und Handlungen der *nicht streitigen* Gerichtsbarkeit, sich darstellen [24]), und, auf diese Eigenschaft hingesehen, an sich betrachtet sogar aufser dem *richterlichen* Geschäftskreifs liegen [25]), so sind auch die mehrsten jener Nebenpunkte so *gemischter* Natur, dafs fast jeder einzelne in dem *einen* Fall als *präparatorisch*, in dem *andern* als *präjudiciell*, und in dem *dritten* als ein sogenannter *Incidentpunkt*, hervortritt, besonders je nachdem man den einzelnen Nebenpunkt auf die ganze Hauptsache, oder nur auf einzelne Abschnitte und Acte des Procefsganges beziehet. So kann z. B. die Edition einer Urkunde in Hinsicht auf eine aus dieser zu schöpfende Instru-

[24]) Z. B. venia ad agendum, die Bevormundungen.

[25]) Martin, §. 2. a. E.

ſtruction für einen beabſichtigten Proceſs als ein präparatoriſcher Punkt betrachtet werden, in Hinſicht auf einen blos von ihrem Inhalt abhängigen Beweis aber als ein *incidirender*[26]) Präjudicial-Punkt erſcheinen. Letztere Eigenſchaft hat inſonderheit nicht ſelten die venia ad agendum, oder auch die Legitimation zur Sache, deren Mangel noch da zur Sprache kommen kann, wo das rechtskräftige Erkenntnis des Richters vollſtreckt werden ſoll [27]), ingleichen jede Ungehorſamsbeſchuldigung [28]), von deren Grund oft der Gewinn oder Verluſt der Hauptſache abhängig iſt. Und bildet nicht die Principal-Intervention der Regel nach einen wahren ſelbſtſtändigen Präjudicial-Punkt [29])? Hat nicht das Ge-

[26]) Denn das Geſuch um Herausgabe eines Documents iſt ja mitten im Proceſs, da, wo man den Beweis antritt, noch zuläſſig. Martin, §. 305. Auch die exceptio ſpolii dient hier zum Beyſpiel. Oelze, in der Anleit. zur ger. Praxis. §. 138.

[27]) Dapp, in der Lehre v. d. Legitimation. §. 5. not. k. Danz, a. a. O. §. 127.

[28]) Martin, §. 117.

[29]) Denn wird dem Intervenienten das Object des Rechtsſtreites zugeſprochen, ſo erliſcht der von dem urſprünglichen Kläger uud Beklagten eingeleitete Proceſs.

Gesuch um Restitution gegen Versäumnis diese Natur, sowohl in Hinsicht auf die ganze Streitsache, als auf einzelne Processhandlungen?

Dieses nun fühlte MARTIN und glaubte die Unvollkommenheit der von genialischen Processkennern [30]) beybehaltenen Eintheilung der präjudiciellen, vorbereitenden und Incident-Punkte dadurch zu beseitigen, dass er *zwey* Eintheilungsgründe der Nebensachen aufstellt, jenachdem nemlich diese entweder α) nach der Verschiedenheit ihres *Einflusses* auf die *dependente* Hauptsache, oder β) in Hinsicht auf ihre *Entstehung* nach *anhängig gewordener* Hauptsache, in Betracht gezogen werden. Dort findet er nur vorbereitende und präjudicielle Sachen, hier Incident-Sachen, welche dann die Natur einer vorbereitenden, oder präjudiciellen, haben *können*, oder auch, ohne *diese* Eigenschaft, als ein reiner Nebenpunkt sich auffassen lassen [31]). Allein auch

[30]) GÖNNER, a. a. O. Thl. I. Abh. XXV. §. 11. und in den jurist. Abhandl. Thl. II. Abh. 7. GROLMAN, a. a. O. §. 73.

[31]) So muss man wohl den Inhalt des §. 28 und 30. verstehen?

auch letztere ſind nie *ohne Einfluſs* [32]) auf die Hauptſache, und wenigſtens trübt und zerſtöhrt Martin jene ſeine Eintheilung in den beyden nachfolgenden §§. 29 u. 30 durch eine inconſequente Anwendung und unrichtige Principien. Denn die vorbereitenden und Präjudicial-Sachen ſind *nicht immer* unabhängig von früherer Exiſtenz eines andern Rechtsſtreites, ſondern es läſst ſich dieſes nur von den Präjudicial-*Klagen*, und von *denjenigen* präparatoriſchen Rechtsmitteln behaupten, die einen *beſondern*, *ſelbſtſtändigen*, Proceſs begründen, und inſoweit als eine durch ſich ſelbſt exiſtirende *Hauptſache* zu betrachten ſind. Die übrigen vorbereitenden [33]) und präjudiciellen Streitpunkte nehmen ebenfalls erſt *in* dem Proceſs, und *durch* dieſen, ihren Urſprung, und ſind alſo *von deſſen früherer Exiſtenz abhängig*. Eine Principal-*Intervention* z. B. iſt erſt dann denkbar, wann

zwey

[32]) Haben ſie dieſen in keiner Rückſicht, ſo ſind ſie ganz zwecklos und unnütz. Wenigſtens iſt Martin, und mit ihm Gönner cit. §. 30. not. 10., inſoferne nicht klar.

[33]) Diejenigen, welche nur in Handlungen der nichtſtreitigen Gerichtsbarkeit beſtehen, z. B. Bevormundungen, werden oft im Laufe des Proceſſes erſt nachgeholt.

zwey Subjecte über ein Object bereits im Procefs befangen find; und was find die Gefuche um Reftitution gegen Verfäumniffe u. f. w. anders, als *präjudicielle Incident-Punkte* [34]), was ift die Urkunden-Edition vor dem Antritt eines Beweifes anders, als *diefen vorbereitend* [35])? Gehet denn die legitimatio ad caufam der Eröffnung des Proceffes immer voran, und mufs nicht diefer wahre und abfolut wefentliche Präjudicial-Punkt noch nach der definitiven Entfcheidung der Hauptfache in dem Act der Hülfsvollftreckung berückfichtiget werden? Ungegründet lehrt auch Martin, „dafs die vorbereitenden Punkte nur unter denfelben Hauptfubjecten einträten," da z. B. die Edition einer Urkunde von einem im Streit der Hauptfache gar nicht befangenen Dritten [36]) gefordert werden kann, und bey manchen andern Punkten des Gegners Concurrenz ganz unnöthig ift, z. B. um veniam ad agendum auszuwirken, Vormünder beftellen zu laffen, u. dergl.

Auch

[34]) L. 33. Dig. de re judicata. 42. 1.

[35]) Man prüfe nur fämtliche *in dem Verfahren entfpringende* Nebenpunkte, um die mehrften als präjudiciell oder vorbereitend zu erkennen!

[36]) Martin, §. 305. not. y.

Auch *können* ſelbſt die präparatoriſchen Punkte, z. B. das Verfahren über die Herausgabe eines Documents, den Rechtsſtreit *hemmen.*

Dahingegen veranlaſſen die Präjudicial-Punkte nur ſelten eine ſolche Hemmung. Selbſt mit der Präjudicial-Klage, ſo wie mit der Imploration um Wiedereinſetzung in den vorigen Rechtsſtand, wird die von ihr abhängige Hauptſache häufig zugleich, in der Form einer ſucceſſiven Klagenhäufung, angebracht und dergeſtalt *gleichzeitig* verhandelt, daſs *über beyde* in *einer* Sentenz abgeſprochen werden kann. Nur liegt hierbey die Eventual-Maxime zum Grund — der Präjudicial-Punkt iſt dem Auge des Richters *zunächſt* vorgeſteckt; kommt es zur Entſcheidung, ſo wendet ſich deſſelben Reflexion *zuerſt* auf die Vorfrage. Deren Trennung von der Hauptſache iſt jedoch in der Regel der Willkühr nicht entzogen. Auch kann Verſchiedenheit des Gerichtsſtandes [37]), oder ein die Präjudicial-Sache begünſtigender Wille des Geſetzes [38]), oder

[37]) Cap. 3. X. de ordine cognitionum. 2. 10.

[38]) L. 35. Dig. de jure fiſci. 49. 14.

oder die Natur der einzelnen Sache [39]), jene Trennung erfordern.

Ferner giebt es Incident-Sachen, welche zugleich als Hauptſache betrachtet und behandelt werden müſſen. Das Beyſpiel giebt die ſchon oft erwähnte Principal-Intervention, und andere incidirende Hauptſachen [40]).

§. g.

Man laſſe alſo die Eintheilungsgründe [41]) dieſer vielfachen [42]) Erſcheinungen in dem Pro-

[39]) L. 35. cit. L. 42. pr. Dig. de noxalibus actionibus. 9. 4.

[40]) Cap. 8. X. de donationibus inter vir. et uxorem. 4. 20.

[41]) Es lieſsen ſich deren, ſtatt *zwey*, noch mehrere aufſtellen, wäre hierdurch für die Wiſſenſchaft etwas zu gewinnen.

[42]) Auſser den ſeither *beyſpielsweiſse* erwähnten Nebenpunkten giebt es deren noch mehrere. So ſind die Geſuche um Sequeſtration des Streitobjectes, um Arreſt-Verfügung, um das Armenrecht, der Antrag den Gegner zum Vorſchuſs der Unkoſten anzuhalten, Friſtgeſuche, der Beweis zum bleibenden Gedächtnis, u. ſ. w. dahin zu zählen. Oft verweben ſie ſich mit den Verhandlungen der Hauptſache, ohne einen Zwi-

Procefs lieber hinweg, und begnüge fich mit den Grundregeln:

1) mehrere *Hauptſachen* können materiell connex ſeyn,

a) ihrer *Quelle* oder dem *Object* nach,

b) ſo, daſs die eine der andern als *vorbereitend*, oder als *präjudiciell*, oder *als Veranlaſſung*, voran gehet, in welchem letztern Fall die *veranlaſste* eine *Incident-Hauptſache* genannt wird, und ſowohl

α) einen Präjudicialpunkt der *veranlaſſenden* bilden [43]), als

β) von *dieſer* abhängig ſeyn [44]), oder

γ) als eine *ſelbſtſtändige Hauptſache* betrachtet werden kann [45]).

2)

Zwiſchen-Act zu veranlaſſen; oft aber erſcheinen ſie auch während des Proceſſes *geſondert*, und können dann *Zwiſchenhandlungen* im eigentlichen Sinne genannt werden.

[43]) L. 1. Cod. de ordine judiciorum. 3. 8. L. 3. Cod. de judiciis. 3. 1. L. 16. Dig. de except. 44. 2.

[44]) Cap. 3. cit. X. 4. 20. L. 1. Cod. de offic. rectoris provinc. 1. 40.

[45]) Wenn z. B. nach angeſtellter petitoriſcher Klage die Streitfrage über den Beſitz ſich beymiſcht,

2) die Nebenſachen (§. f.) ſind, in Hinſicht auf den Proceſsgang der Hauptſache, entweder *vorbereitend*, oder *präjudiciell*, oder *beydes*, oder *proviſoriſch* [46]), *rein* oder *gemiſcht*, oder *weder* vorbereitend, *noch* präjudiciell oder proviſoriſch [47]). Werden ſie erſt *nach der Eröffnung*

miſcht, oder nach angebrachter Beſitzklage über die Klarheit des petitorii geſtritten wird, ſo läſst keiner dieſer Streitpunkte als *Nebenſache* ſich anſehen; L. 12. et 52. pr. Dig. de adquir. vel amittenda. poſſ 41. 2. L. 1. §. 2. Dig. uti poſſidetis. 43. 17. obgleich beyde *ſo* in den nemlichen Acten verhandelt werden können, daſs der Richter, der Regel nach, zunächſt über den Beſitzſtand erkennt. Cap. 2. 3. u. 6. X. de cauſa poſſeſſionis rel. 2. 12. L. 3. Cod. de interdictis. 8. 1. L. 3. Cod. finium regund. 3. 39. Auch *kann* der Punkt des Beſitzes eine *Präjudicial*-Frage bilden. §. 4. Inſt. de interdictis. 4. 15.

[46]) Z. B. Arreſt- und Sequeſtrations-Geſuche — Beweis zum ewigen Gedächtnis u. ſ. w.

[47]) Z. B. das im Laufe des Proceſſes angebrachte Geſuch um Ertheilung des Armenrechts, oder den Gegner zum Vorſchuſs der Unkoſten, Alimente u. d. gl., anzuhalten, denſelben die Turbation in dem zuerkannten Beſitz zu inhibiren, u. ſ. w.

öffnung des Rechtsstreits über die Haupt-sache angebracht oder beseitiget, so erhalten sie, sammt und sonders, den Nahmen, *Incident-Nebenpunkte*, unbeschadet *jener* ihrer Qualität.

In dem vorigen §. f. findet man die nähere Erläuterung.

§. h.

Wann zwey connexe Streitpunkte vermöge gesetzlicher *Erlaubnis*, oder weil die Gesetze es *gebieten*, zum Zweck einer gerichtlichen Verhandlung *in denselben Acten* [48]) vereiniget werden, so tritt der materiellen Connexität die formelle *hinzu*, — beyde Sachen sind nunmehr in *doppelter* Hinsicht connex. Daraus aber, daſs die Gesetze eine solche formelle Vereinigung in ihrem Ursprung, oder in Rücksicht auf das Object, connexer Streitpunkte *nachlassen*, folgt auch hier keine *Zwangspflicht* zu dieser Verbindung durch die Form. Bleiben sie also getrennt, so verdienen sie *in foro* den Nahmen „*connex*" *nur in-*

[48]) Dadurch wird nicht ausgeschlossen, daſs die trennbare Nebensache in besondern *Nebenacten* verhandelt werde.

insoweit [49]), als die Gesetze eine *bestimmte Wirkung* [50]) aus der materiellen Connexität ableiten.

In Betracht der *übrigen* materiell connexen Punkte (§. e. nr. 2 *u.* 3. a b *u.* c.) hingegen liegt der streitenden Theile *regelmäsige* Zwangspflicht zu derselben *formellen Vereinigung* mit der Hauptsache, sowohl in der Natur der Sache, als in dem Willen der Gesetze. Denn

[49]) *Insoferne* muss man Martin §. 28. not. k. beystimmen.

[50]) Dahin gehört die beschränkt zu erklärende Bestimmung „dass zwey materiell connexe Hauptsachen vor *dem nemlichen* Gericht angebracht und entschieden werden sollen.“ L. 10. Cod. de judiciis. 3. 1. Cap. 1. X. de causa poss. et prop. 2. 12. L. 13. Cod. de rei vindic. 8. 32. Cap. 1. X. de sequestratione poss. 2. 17. Ein *anders* aber ist die Verordnung, „zwey Sachen sollen *zugleich* verhandelt, in formelle Connexität gebracht werden,“ ein *anderes* die Begründung *eines besondern Gerichtsstandes durch materielle Connexität.* Martin §. 50. *Dieses* macht *jenes* keinesweges *nothwendig.* Eben so wenig kann man annehmen, dass *jede* materielle Verwandschaft zweyer *Hauptsachen* das forum connexitatis oder continentiae causarum begründe. Hiervon ad §. cit. 50.

Denn die Nebenpunkte mögen, wie die neben dem Hauptobject geforderten Früchte, Zinnsen u. s. w., als Zubehörungen der Hauptsache, oder als Beförderungsmittel des Procefsganges, anzusehen seyn, oder als in diesem entspringend u. s. w. sich darstellen, so würde ihre, in vielen Fällen ohnehin nicht mögliche, Trennung von der Hauptsache entweder deren Uebersicht erschweren, wohl gar widersprüchliche Entscheidungen von mehreren verschiedenen Gerichten, oder Verschleppung und Verhinderung des Hauptprocesses, zur Folge haben, dahingegen der Richter, vor welchem der letztere anhängig ist, auch die Nebenpunkte schneller und mit mehr Klarheit übersehen, mithin sie schleuniger entscheiden kann. *Hier* also zeigt sich eine Connexität im eigentlichen Sinne, eine wahre Continentia. Es können daher die Accessionen mittelst einer *besondern* Klage nicht gefordert werden [51]), und jenes Verhältnis bezeichnen wohl die Gesetze mit der Regel: *per minorem causam majori cognitioni praejudicium fieri non oportet; major enim quaestio minorem causam ad se trahit* [52]). Selbst das Haupt-

[51]) Martin §. 87.

[52]) L. 54. Dig. de judiciis. 5. 1.

Hauptgesetz [53]), in welchem man ein starkes *Verbot* der Trennung materiell connexer Sachen erfinden will [54]), dürfte nur von *jenen* Nebenpunkten und, in Hinsicht auf die Begründung des fori connexitatis, von *solchen* materiell connexen Hauptsachen zu verstehen seyn, bey welchen eben dieselben Gründe die Verhandlung vor dem nemlichen Gericht erheischen [55]). Ja auch hier leidet die Regel eine Ausnahme, wann die eine Hauptsache, subjectiv oder objectiv, vor einem *ausschliesslich privilegirten* Gerichtsstand gehört [56]), und selbst auf *manche* Nebenpunkte, z. B. Bevormundungen, das Gesuch um venia ad agendum, oder Edition einer Urkunde, ist jene Beschränkung, weil deren Grund gänzlich hinwegfällt, oft nicht anwendbar.

§. 1.

53) L. 10. Cod. de judiciis. 3. 1.

54) Claproth, a. a. O. Thl. I. §. 101.

55) Dabelow, in der Entw. der Lehre vom Concurs der Gläubiger Cap. 27. pag. 725. Hal. 1801. Christ. Aug. Thon, in diss. de effectu fori concursus credit. univ. ratione bonor. territorii alieni. Jena 1775. §. 4.

56) Cap. 21. X. de judiciis 2. 1. Cap. 3. X. de ordine cognitionum. 2. 10. Cap. 5. X. qui filii sint legitimi. 4. 17. G. L. Böhmer in princ. jur. can. §. 704.

§. 1.

Die Frage: „ob präparatorische, präjudicielle, und Incident-Sachen *summarisch* zu verhandeln, oder an den Gang des *feierlichen* Processes gebunden sind?" lässt sich *so gerade hin* nicht beantworten. Bey manchen vorbereitenden Punkten hat man keinen Gegner, weil sie nur als Handlungen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit erscheinen, (§ f.) und es kann also in diesem Fall von einem *gerichtlichen* Process die Rede nicht seyn. Die Provocationen haben ihre *eigene* Verfahrungsart [57]), und das der Eröffnung der Hauptsache vorangehende Gesuch um Urkunden-Edition, so wie die actio ad exhibendum, sind Implorationen [58]), welche bisweilen ein summarisches, bisweilen ein förmliches Verfahren veranlassen. Würde eine Präjudicial-Hauptsache, z. B. eine Zustandsklage, *ohne Verbindung* mit *dem* Rechtsmittel, welches die von dem Zustand *abhängigen*, *jedoch nicht streitigen, Rechte* verfolgt, angestellt, so muss der Kläger der Regel nach den *ordentlichen* Process wählen [59]); und im Fall das letzt-

[57]) Martin, §. 244. u. d. f.

[58]) Martin, §. 95.

[59]) Martin, §. 128.

letzterwähnte Rechtsmittel — die sogenannte Hauptklage im Gegensatz der Präjudicialklage — mit dieser successiv gehäuft werden sollte, entscheidet die *Natur jener Hauptklage*, ob der Rechtsstreit auf dem Weg des feierlichen, oder eines summarischen, Processes einzuleiten ist. Denn *Gleichheit* der Verfahrungsart ist *Bedingung* der Klagenhäufung, und beyde vereinigte Rechtsmittel werden im vorausgesetzten Fall nach der Eventual-Maxime mit und neben einander verhandelt. Eben so verhält es sich, wann der Punkt der Legitimation zur Sache einen Theil der Geschichtserz hlung der Klage bildet, indem, wird neben dem Legitimations-Punkt der letztern Grund verneint, in Hinsicht auf beyde das Erkenntnis auf Beweis, oder, ist die Sache summarisch, auf Bescheinigung erfolgt [60]). Würde aber die Klage selbst eingeräumt, oder fällt die Last des Beweises auf den Beklagten, so pflegt man wohl auch im ordentlichen Process nur auf *Bescheinigung* der Legitimation zu erkennen [61]). *Solche* Präjudicial-Punkte, welche

[60]) Wernher, in sel. qu: for. T. II. P. VIII. obs. 454. et 486. Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. I. Sect. I. Mbr. II. Cap. IV. §. 5. not. *.

[61]) Hommel, in dem teutschen Flavius. s. v. Negatorien-Klage nr. IV.

welche im Laufe des anhängigen Rechtsſtreites ihren Urſprung nehmen, *verflechten* ſich der Regel nach *mit dem Verfahren über die Hauptſache*, und werden nach der Eventual-Maxime ungetrennt mitverhandelt. Macht ſich aber eine Trennung nöthig, oder, nach dem Ermeſſen des Richters, wenigſtens räthlich, ſo beſtimmt dieſer die, alsdann gewöhnlich ſummariſche, Verfahrungsart. Dieſes trifft auch die im Laufe des Proceſſes entſpringenden Vorbereitungspunkte, inſoferne ſolche als Gegenſtand einer proceſſualiſchen Verhandlung ſich darſtellen, z. B. Urkundenedition bey dem Antritt des Beweiſses. Andere Incidentpunkte, wie z. B. die Litisdenunciation, acceſſoriſche Intervention, begründen, ihrem Zweck nach, keine beſonderen Verhandlungen; es wäre denn, daſs über ihre Zuverläſsigkeit ein Incident-Rechtsſtreit entſtände, wo ſodann gewöhnlich nach einem kurzen Wechſelgehör der Intereſſenten der richterliche Ausſpruch erfolgt. Die Principal-Intervention iſt als ſelbſtſtändige Klage zu betrachten, und es muſs mithin der Intervenient die zu wählende Proceſsart nach der Natur ſeines Rechtsmittels, mit welchem er intervenirt, geſetzlich abmeſſen.

Aus poſitiven Geſetzen laſſen ſich be-

ſtimmte Regeln für dieſe zufälligen Nebenerſcheinungen in dem Proceſsgange nicht aufſtellen — *Zweck* und *Natur* des einzelnen Nebenpunkts gelten hier als Quelle der Proceſstheorie. Man hüte ſich aber, die Beſtandtheile jedes einzelnen Abſchnittes des Proceſſes; z. B. das ſogenannte Productions-Verfahren, als Nebenſache oder Incidentpunkt zu betrachten [62]); denn auf dieſe Weiſe zergliedert ſich alles in Nebenpunkte, und die Hauptſache ſelbſt hört auf, dieſes zu ſeyn.

62) Wie Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. XXV. §. 13. nr. 3.

V.

V.

Zu §. 33. und 34.

Legitimationen,
insonderheit legitimatio ad causam — Rechtfertigung, Befugnis, zur Sache.

§. a.

A. *Befugnis zur Rechtsverfolgung überhaupt.*

Wer das Gericht, eines gestöhrten Rechtsverhältnisses wegen, um die Staatshülfe anrufen — *klagen* — oder gegen einen solchen Angriff auf dem Wege des gerichtlichen Processes, als *Beklagter*, sich vertheidigen will, muss — dieses ist die *allgemeine* Bedingung — in dem Verhältnis zu der bürgerlichen Gesellschaft von deren Gesetzgebung als *Rechts-* und *Verbindlichkeits-fähiges Subject* anerkannt, von jener Rechtsverfolgung *nicht ausgeschlossen* seyn.

seyn [1]). Ein solches Loos der Ausschliessung trafe z. B den römischen Sclaven; daher das Gesetz der Römer ausspricht: *„cum servo nulla actio est“* [2]), und den mit einer solchen *Nichtperson* geführten Process für *nichtig* erklärt [3]).

Das in eine solche Lage gestellte, zur Rechtsverfolgung überhaupt nicht befugte, rechtlose, Subject hat nicht *„personam standi in judicio.“* Doch wird diese Bezeichnung auch von denjenigen, an sich betrachtet Rechts- und Verbindlichkeits-fähigen, *Personen* gebraucht [4]), welche, in Betracht einer, von der eigenen oder alleinigen Verwaltung des Vermögens ausschliessenden, Körper- oder Geistes-Unvollkommenheit [5]), nur *durch* oder *mit*

[1]) Martin, §. 33.

[2]) L. 107. et 21. Dig. de regulis juris. 50. 17. L. 13. Dig. si quis cautionibus rel. 2. 11. Anders verhält es sich mit den Leibeigenen, insoferne es deren in Teutschland noch giebt.

[3]) L. 6. et 7. Cod. de judiciis. 3. 1. M. s. Abh. III. §. b. nr. 2. u. 3.

[4]) Tit. Cod. qui legitimam personam standi in judiciis habeant, vel non. 3. 6.

[5]) Diese wird auch dem Minderjährigen beygemessen. Doch wollen ihn die Gesetze in geistlichen und solchen Sachen, die keinen Verzug lei-

mit einem vorſtehenden, oder zugeordneten, Subject ihre Rechte gerichtlich verfolgen können [6]).

Das Daſeyn der von den Geſetzen als Bedingung *der Rechtsverfolgung überhaupt* vorgeſchriebenen perſönlichen Qualität begründet

leiden, auch ohne Curator zur gerichtlichen Verhandlung zugelaſſen wiſſen. Cap. 3 in 6to de judiciis 2. 1. L. 3. Cod. qui legitim. perſ. ſtandi rel. 3. 6.

[6]) Martin, §. 33. Dapp, in der Lehre von der Legitimation. §. 7. u. d. f. Claproth, in der Einleit. zum ordentl. bürgerl. Proceſs. Thl. I. §. 67. Danz, in den Grundſ. des ord. Proc. §. 40. Von den Weibsperſonen in Sachſen ſ. m. Schweitzer, in dem Lehrb. des Sächſ. bürgerl. Proceſſes. §. 33. Auf einen andern Grund beruhet z. B. die Beſchränkung der Eheweiber, während der Ehe gerichtliche Hülfe wegen der dos zu ſuchen; Thibaut, in dem Syſt. des Pand. R. Thl. I. §. 448., ſo wie die, in Teutſchland nicht mehr anwendbare, die *römiſchen* Magiſtrats Perſonen betreffende, Verordnung L. 48. Dig. de judiciis. 5. 1. L. 32. Dig. de injuriis. 47. 10. Die Moratorien (Martin §. 314.), ſind blos ein zeitiges Privilegium gegen *Execution.*

det die, *abſolut weſentliche* [7]), *Legitimation zu der gerichtlichen Rechtsverfolgung.*

§. b.

B. *Legitimation zu dem Proceſs.*

Iſt ein zu der Rechtsverfolgung überhaupt und an ſich betrachtet, *als Perſon*, befugtes Subject a) in der Ausübung, in der Diſpoſition über ſeine Rechte, beſchränkt, z. B. einer Curatel untergeordnet, und muſs daher vor Gericht durch oder mit einem Repräſentanten, oder Beyſtand, erſcheinen, oder will b) ein, von der zur Rechtsverfolgung befugten Perſon verſchiedenes, Subject *für jene*, ſey es als geſetzlicher Beyſtand, oder als willkührlicher Stellvertreter, gerichtlich verhandeln, ſo muſs jener Beyſtand nachweiſen, „daſs er als ſolcher *legal angeordnet* worden ſey [8]),“ ein

[7]) L. 6. et 7. Cod. de judiciis. 3. 1. MARTIN, §. 35. Geſ. not. y. u. §. 79. a. E. In Anſehung der *nur beſchränkten* Subjecte unterſcheiden jedoch die Geſetze den *Vortheil* und *Nachtheil* der rechtsverfolgenden Perſon. Abhandl. III. nr. 3. not. 5. pag. 39.

[8]) Es verſtehet ſich als Bedingung von ſelbſt, daſs die bloſe Anordnung *als Beyſtand* nicht hinreicht, ſondern deſſen geſetzlicher Begriff und Zweck

ein anderer Vertheidiger aber, „dafs er die Befugnis hierzu durch das Gefetz [9]), oder einen rechtsgültigen *Auftrag*, erhalten habe.“

Der *Beweis diefer Qualitäten* führt den Nahmen: *Legitimation*, Rechtfertigung, *zu dem Procefs*, d. h. zur *Führung des vorliegenden* Rechtsftreites [10]); und dafs derfelbe zu den natürlich wefentlichen Beftandtheilen des gerichtlichen Verfahrens gehöre [11]), folgt fchon daher, weil man, ohne gefetzlich erworbene Gewalt, über des andern Rechte und Verbindlichkeiten rechtsgültig zu disponiren nicht vermag, und weil, fo lange die Legitimation

Zweck zugleich die Befugnis zur Vertretung vor Gericht in fich enthalten mufs. So ift z. B. der *Gefchlechts*-Vormund, *als folcher*, zur Führung eines Rechtsftreites für feine Curandin nicht befugt, fondern bedarf *dortzu* noch deren *befondern Auftrag*. Doch wird das *ohne diefen nützlich* verhandelte für rechtsbeftändig erachtet. Wernher, in fel. qu. for. P. III. obf. 38. Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. I. Sect. I. M. II. Cap. II. §. 11.

9) Martin, §. 75.

10) Martin, §. 70. u. d. f.

11) Abhandl. III. §. b. nr. 2. u. 3. Martin, §. 74. Danz, a. a. O. §. 127.

mation zu dem Procefs in den Acten nicht hergeftellt ift, als *ungewifs* vorliegt, ob denn der vorgegebene Kläger oder Beklagte diefes *wirklich fey*, feyn *könne*, feyn *wolle*, der Rechtsftreit alfo in der Gefahr eines vergeblichen Refultats und einer abfoluten Nichtigkeit fchwebt [12]).

§. c.

C. *Legitimation zu der Praxis.*

Die von den ftreitenden Theilen zu vollziehenden proceffualifchen Handlungen bedürfen zu ihrer legalen Herftellung gröfsten Theil eine befondere Kenntnis der Formen, auch der Gefetze überhaupt; und da nun nicht jeder, fey er auch zur Rechtsverfolgung an fich befugt, (§. a.) oder als Beyftand diefes Befugten legitimirt (§. b.), die fogenannte *Rechtsnothdurft* felbft zu beforgen verftehet, oder beforgen mag, *fo erlauben* ihm die Gefetze, *verpflichten* ihn wohl fogar [13]), einer Hülfs-

12) Daher die häufigen, eine Strafe androhenden, richterlichen Decrete: „der angebliche Vormund folle zuvörderft feine gerichtliche Beftätigung, der aufgetretene Anwalt die ermangelnde Vollmacht, beybringen," u. dergl.

13) L. 1. §. 2. Dig. de procurat. 3. 3. L. 5. §. 7. Dig judicat. folvi. 46. 7. Thibaut, in d. Syft. d. P. R. Thl. III. §. 1099.

Hülfsperson sich zu bedienen, sowohl, um seine, des Klägers oder des Beklagten, *Person* vertreten zu lassen [14]), als auch zum Vollzug derjenigen Handlungen, welche eine besondere Kenntnis der Rechte und des Procefsganges erfordern [15]). Damit jedoch eine solche hülfsbedürftige Parthey einen geschäftsfähigen Stellvertreter und Rechtsbeystand unschwer aufzufinden vermöge, so bestellt der Staat [16]) geprüfte Subjecte, welche zu der Procuratur und Advocatur *ausschliefslich* befugt seyn sollen [17]). Diese *Erlaubnis* und *Anstellung* von Seiten des Staats, ingleichen der *Beweis*, „dafs man die Qualität eines öffentlichen Anwalts oder Advocaten verliehen erhalten habe," giebt den Begriff der *Legitimation zur Praxis* [18]).

In-

[14]) Durch einen *Anwalt*, *Procurator*. MARTIN, §. 73.

[15]) Durch einen *Advocaten*. MARTIN, §. 70.

[16]) So verhält es sich wenigstens in der Gerichtsverfassung wohl aller teutschen Gebiete. Anders bey den Römern. MARTIN, §. 70. u. 73.

[17]) *Recipirte*, *immatriculirte*, Anwälte und Advocaten.

[18]) Die Fähigkeit, als Advocat eines streitenden Theils in dem Gericht aufzutreten und zu verhandeln

Insoferne der Procurator, oder Advocat, von Staatswegen öffentlich angestellt ist, mithin diese Thatsache als *landes*- und *gerichtsnotorisch* betrachtet werden muss, bedarf derselben Legitimation zur *Praxis* keines weitern Beweisses [19]), so wenig als des öffentlich angestellten Richters *Competenz* innerhalb des solchem angewiesenen Bezirks; allein *die* Thatsache, „dass der Anwalt von einen streitenden Theil zur Ausübung seines Amtes *ersucht, beauftragt*, worden sey," ingleichen, „dass der Advocat zum Vollzug eines processualischen Geschäftes von dem Interessenten Veranlassung, oder dessen Genehmigung, erhalten habe," gehört in das Gebiet der Legitimation *zum Process*, (§. b.) und muss also, als wesentlich, nachgewiessen werden [20]).

Auch

handeln, nennen die Römischen Gesetze: *jus*, sive *facultatem*, *postulandi*. Tit. Dig. et Cod. de postulando. Doch bezeichnet dieses zugleich auch die Befugnis zur persönlichen Verfolgung seines eigenen Rechtes vor Gericht. L. 1. §. 2. seqq. Dig. de postulando. 3. 1.

19) *Martin* erwähnt dieses §. 72. *a. E.* blos in Bezug auf den *Advocaten*, obgleich es nicht weniger auf den *öffentlich angestellten* Procurator anwendbar ist.

20) Hat eine Parthey die von dem Advocaten für sie gefertigte Schrift *selbst* unterschrieben, oder

von

Auch kann eine besondere Nachweisung der Legitimation zur Praxis *dann* sich nothwendig machen, wann in den Gerichten verschiedener Länder die Procuratoren, oder Advocaten, gegenseitig zugelassen werden, und der Richter von der Reception des aus dem Freundesland sich darstellenden Anwalts oder Rechtsbeystandes noch keine glaubhafte Kenntnis erhielte [21]).

Uebrigens begründet das Absein *dieser* Legitimation nur eine *positive* Nichtigkeit, da es für das Wesen des Processes gleichviel ist, welches, zu den Geschäften eines Anwalts oder Advocaten an sich betrachtet fähige, Subject die einer Parthey obliegende Handlung in deren Auftrag zweckmäßig vollziehet. Werden daher z. B. die von einem auswärtigen Advocaten gefertigten Schriften von dem Richter zu den Acten genommen, läßt auch der

von einem *legitimirten* Procurator unterschreiben lassen, oder *selbst* in das Gericht gebracht, so liegt freylich der Auftrag, oder die Genehmigung, in der Handlung selbst.

[21]) Der Beweis der legitimatio ad praxin wird in der Regel durch das öffentliche Anstellungs-Decret bewirkt.

der Gegner dieses sich gefallen, stellt die Einrede „*der fehlenden Legitimation zur Praxis*“ nicht entgegen, so ist die positive Nichtigkeit geheilt [22]).

§. d.

D. *Legitimation zur Sache.*

Von allen diesen Legitimationen [23]) ist verschieden die *Legitimatio ad causam* — Rechtfertigung zur *Sache.* Setzt man nemlich auch voraus, dass ein Subject zur Rechtsverfolgung *überhaupt* legitimirt sey, (§. a.) so reicht doch dieses noch nicht aus, dasselbe zu der Verfolgung des *in concreto streitigen Rechtes* für befugt zu achten; sondern, da der Regel nach [24]) niemand aus dem Recht eines

[22]) Abhandl. III. §. e. pag. 54. u. d. f.

[23]) Diese pflegt man wohl auch legitimat. *personae* zu nennen. COTTA (Pr. Ludovici) de legitimatione ad causam. Hal. 1712. §. 4. seq.

[24]) Die Fälle, wo die Gesetze erlauben, eines *andern* Recht zu wahren, z. B. L. 1. Cod. *si per vim rel.* 8. 5. machen keine Ausnahme, sondern begründen nur eine Legitimation zum *Process*; die öffentlichen und Popular-Klagen aber, z. B. L. 3. §. 9 u. 11. Dig. *de libero homine exhib.*. 43 29 verfolgen ein dem *Staatsbürger*, als solchem, *eigenes* Recht.

eines *andern* Subjects klagen, oder *dorther* eine Einrede schöpfen, und dem Kläger entgegen setzen darf *), da die unbefugte Disposition über das Recht eines Dritten diesem auf keine Weisse nachtheilig werden soll, vielmehr als eine von selbst nichtige Handlung in dem Rechtsgebiet ohne Wirkung bleibt [25]), so kann der Richter *nur demjenigen* die Staatshülfe auf dem Wege des Processes gewähren, welcher a) in eigenem Nahmen [26]) sein *eigenes* Recht verfolgt [27]), und zwar b) wider einen Gegner, in Hinsicht auf wel-

*) Martin §. 95.

[25]) L. 31. in fine Dig. de judiciis. 5. 1. L. 14. §. 1. Dig. de appellat. et relat. 49. 1. L. 1. 2 et 3. Cod. inter alios acta rel. 7. 60. L. 27. §. 4. Dig. de pactis. 2. 14. L. 1. seqq. Cod. quibus res judicata non nocet. 7. 56. L. 2. Cod. de exceptionibus. 8. 36. L. 10. Dig. ej. tit. 44. 1. L. 63. Dig. de re judicata. 42. 1.

[26]) Von dem zum Process legitimirten Procurator ist hier *nicht* die Rede.

[27]) Sey dieses durch eine *Klage*, oder mittelst einer *Einrede*. Jedoch ist der letztern Begriff hier auf eine solche *selbstständige Behauptung* des Beklagten zu beschränken, durch welche dieser seines Gegners Klagrecht als an sich nichtig, oder aufgelöst, darzustellen sucht.

welchen die *gesetzlichen Bedingungen*, auf jenen Anspruch zu antworten, den Process sich gefallen zu lassen, vorhanden sind.

Das Daseyn beyder Verhältnisse nennt man „*Legitimatio ad causam*, Rechtfertigung zur *Sache*[28]), und theilt dieselbe in die *activa* und *passiva* ein, je nachdem man *blos* auf das Rechtsverhältnis unter a), oder *nur* auf dasjenige unter b) hinsiehet.

§. e.

Active Legitimation zur Sache.

Die *active* Rechtfertigung zur Sache ist also im *allgemeinen* Sinne die Thatsache und der Beweis: „dass der Kläger, oder resp. der Beklagte, dasjenige Subject sey, welches, ist das Factische des vorgebrachten Rechtsverfolgungs-Mittels gegründet, *zu dessen Gebrauch* wider den Gegner als *rechtsbefugt* erscheint.“

Stützt

28) *Causa*, *Sache*, bezeichnet diesen Orts die im Gericht vorgebrachte einzelne *Klage* und *Einrede* selbst, und das specielle Object, worauf diese Rechtsverfolgungs-Mittel als deren Hauptzweck sich beziehen.

Stützt nun jemand feine Klage, oder Einrede, auf eine von ihm felbft erworbene, oder blos und allein aus dem urfprünglichen Rechtsgefchäft abgeleitete, Befugnis [29], oder erfordert die gefetzliche Natur des der Klage oder Einrede zum Grund gelegten Rechts, aufser deffen gefetzlich-wefentlichen factifchen Bedingungen, keine Nebenquelle des Erwerbs, oder Nebenbedingung der Befugnis, fo ift die active Rechtfertigung zur Sache mit der thatfächlichen Behauptung des Klägers, oder des Beklagten, verfchmolzen und identifch; d. h. aus der Wahrheit oder Unwahrheit des factifchen Klaggrundes gehet auch zugleich die legitimatio ad caufam, oder deren Mangel, hervor [30], — fie felbft bildet die *Hauptfache*, welche als Refultat des Proceffes feftgeftellt werden foll. In diefem Falle erfcheint alfo kein *befonderer Beweis* der Rechtfertigung zur Sache, fondern der Beweis des Klaggrundes, oder des Fundaments der

29) Z. B. der Kläger: *er* habe dem Beklagten das Darlehen vorgefchoffen; der Beklagte: er habe vermöge *eigener* Leiftungen zu compenfiren, u. d. gl.

30) Gönner, in dem Handb. des teutfch. gem. Proc. Thl. I. Abh. XV. §. 2. Grolman, in der Theorie des gerichtl. Verf. §. 56.

der Einrede, ist zugleich der Beweis, „dass man zu diesen Mitteln der Rechtsverfolgung gesetzlich befugt gewesen sey.“ Daher pflegt man auch in dem Gebiete dieser Rechts- und Process-Verhältnisse der Benennung: „*legitimatio ad causam*“ sich nicht zu bedienen, sondern beschränkt deren *speciellen* Begriff [31]) auf *den* Fall, in welchem, wäre auch die Klage im Verhältnis zu dem gewählten Beklagten *in der Hauptsache* wirklich begründet [32]), oder vermögte es die Wahrheit der von dem Beklagten dem Kläger entgegengestellten Einrede allerdings, des letztern Klagrecht ganz oder zum Theil zu vernichten, dennoch dem Hauptgrund der Klage, oder Einrede, eine gewisse Thatsache *hinzutritt*, von deren Daseyn oder Abseyn — Wahrheit oder Unwahrheit — *dieses* Klägers Befugnis zur Klage, oder *dieses* Beklagten Recht zu dem Gebrauch der Einrede, abhängig ist [33]).

Es

[31]) Danz, a. a. O. §. 124. Pfannenschmid, (Pr. Carrach) in diss. de vera indole except. legitimationis ad causam. Hal. 1737. §. 6 u. 7.

[32]) Z. B. der Beklagte ist das geklagte Darlehn an sich betrachtet wirklich schuldig.

[33]) Es zeigt sich hier ganz das Verhältnis eines Präjudicial-Punktes. Abh. IV. §. e. pag. 81. lit. a.

Es tritt ſolches hervor:

1) wenn der Kläger ein Recht gerichtlich verfolgt, welches zunächſt nicht von ihm ſelbſt, ſondern *von einem andern*, ihm nicht erwerbenden, Subject erworben wurde, auf ihn aber ſich *fortgepflanzt* haben, ihm *übertragen* worden ſeyn ſoll; z. B. als Ceſsionar, als Erben u. ſ. w. Hier iſt die Thatſache, „daſs ihm das Klagrecht *cedirt*, daſs er *Erbe* des vormaligen Gläubigers worden ſey," der Vorwurf der activen Rechtfertigung zur Sache im ſpeciellen Sinn — die präjudicielle Bedingung, ohne deren Erweis er nicht befugt iſt, das einem Dritten vormals zuſtändige Recht zu verfolgen [34]) —

2) wenn der Beklagte, auf eben dieſelbe Weiſe, das vormals einem Dritten zugeſtandene Recht ſeiner Einrede zum Grund legt; z. B. der von dem A auf Wiederbezahlung eines Darlehns belangte B ſtellt jenem Kläger die aus einem zwiſchen dieſem und des Beklagten Va-

 ter

[34]) Dem Fiscus iſt das beſondere Privilegium gegeben den Schuldner ſeines Schuldners ohne des erſtern Ceſſion auf Zahlung für ſolchen zu belangen. L. 2. ſeqq. quando fiscus rel. 4. 15.

ter C. verhandelten Rechtsgeschäft abgeleitete Einrede der Compensation u. d. gl. entgegen. Hier fragt es sich zunächst: ist das Recht des C auf den B übergegangen, und *wie* geschahe dieses? — wurde der Beklagte seines Vaters Erbe u. s. w.? Behauptet dieses des Excipient, zeigt er die Art und Weise der Rechtsfortpflanzung und deren Wahrheit, so ist der Gegenstand dieses Vorbringens *seine eigene active* Rechtfertigung zur Sache *).

3)

*) Es läßt sich nicht wohl begreifen, warum auch bewährte Rechtsgelehrte der neuesten Zeit, z. B. Thibaut, a. a. O. Thl. III. §. 1058. Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. XV. §. 2. u. d. f. nur von einer *activen* Legitimation des *Klägers*, und nur von einer *passiven* des *Beklagten*, sprechen, da doch, wie Schweitzer in dem Lehrb. des Sächs. Processes §. 34. und not. 49. richtig bemerkt, auf Seiten des Beklagten sowohl als des Klägers nicht nur die Activ- sondern auch die Passiv-Legitimation zur Sache sich nothwendig macht, und auf das Verhältnis *beyder* anwendbar ist. Es folgt dieses, siehet man auf die active Rechtfertigung zurück, ja schon daher, weil a) aus dem Recht eines Dritten der Beklagte so wenig excipiren, als der Kläger klagen kann, daferne nicht jener und dieser das vorher fremde Recht auf einem gesetzlichen Weg erworben hat, und weil b)

die

3) wenn das von dem Kläger als Hauptzweck seiner Klage verfolgte Recht von einem persönlichen Zustand [35]), oder irgend einer factisch begründeten Qualität, abhängt — mit der Wahrheit dieses Zustandes, oder dieser Eigenschaft, bedingt ist — von dem Richter also nicht eher als vorhanden anerkannt und ausgesprochen werden kann, als nach erhaltener Ueberzeugung von dem Daseyn jener gesetzlichen Bedingung.

Alle

die Einrede des Beklagten die Natur einer *Klage* hat. *Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est.* L. 1. Dig. de exceptionibus. 44. 1. L. 19. pr. Dig. de probationibus. 22. 3. Ja auch in Hinsicht auf eine *eigentliche* Replik des Klägers, oder *eigentliche* Duplik des Beklagten, (Martin §. 151. u. 159.) kann eine Activ-Legitimation zur Sache erforderlich werden, insoferne diese Repliken und Dupliken auf das Recht eines Dritten sich stützen. Denn die Repliken und Dupliken jener Art sind wahre *Contre-Einreden*, und *als solche* wie eine *Klage* zu beurtheilen. L. 2. §. 1. L. 22. §. 1. coll. L. 1. cit. Dig. de except. 44. 1. §. 1. Inst. de replicationibus. 4. 14. Von des Klägers Passiv-Legitimation zur Sache unten §. f.

35) Tit. Cod. de ordine cognition. 7. 19.

Alle Präjudicial-Klagen haben, insoferne der Kläger ein von dem sich beygelegten Zustand abhängiges Recht, als Hauptzweck, verfolgt, des Klägers, Activ-Legitimation zur *Sache*, d. h. zu dem bezweckten Genuss der Zustands-Rechte, zum Gegenstand. Allein auch andere, einen Zustand im allgemeinen Sinn darstellende, Qualitäten, z. B. die eines Lehnherrn, Geistlichen, Soldaten, Professors, Doctors u. s. w., sind, insoferne Rechte von diesem besondern bürgerlichen Verhältnissen abhängen und gerichtlich verfolgt werden, das Object der legitimatio activa ad causam, i. e. principalem —

4) wenn des Beklagtens Einrede von einem sich selbst zugeschriebenen Zustand, oder einer Qualität jener Art, ausgehet [36]). Entgegnet z. B. der wegen des Betriebs eines bürgerlichen Gewerbs, welches nur dem Bürger im speciellen Sinn, oder dem Mitglied einer Zunft zukommt, in Anspruch genommene Beklagte: „auch er habe die Eigenschaft eines zu jenem Gewerb befugten *Bürgers* oder *Zünftlers* er-

[36]) L. 6. Cod. de ordine cognitionum. 7. 19.

erworben, „oder will die als Bürgin belangte Weibsperson die geleistete Bürgschaft aus dem Grund als unverbindlich darstellen, weil sie das *Eheweib* des Schuldners sey, u. dergl., so bildet jenes oder dieses persönliche Verhältnis des *Beklagten active* Legitimation zur Sache, d. h. — zu der Einrede —

5) wenn das von dem Kläger als hauptsächlich verfolgte Recht ein besonderes *Rechts-Verhältniss desselben zu einer Sache* voraussetzt, welche zwar nicht als Object der Hauptklage, jedoch als gesetzliche Bedingung zu der Befugnis, selbige zu erheben, anzusehen ist [37]. Vorzüglich tritt dieses hervor bey der dinglichen Confessorien-Klage auf eine, den Civilbesitz des angeblich herrschenden Guthes voraussetzende, Servitut. „*Dass der Kläger jenen Besitz habe*," ist die Bedingung, der Gegenstand, der Activ-Legitimation, die Rechtfertigung des Gebrauches der Confessorien-Klage —

6) wenn des Beklagten Einrede auf ein solches *Rechtsverhältniss zu einer Sache* sich gründet, von dessen Daseyn die Wirkung

37) L. 2. §. 1. Dig. si servitus vindicetur. 8. 5. L. 16. et 18. Dig. de exceptionibus. 44. 1.

kung jener Einrede abhängt. Excipirte z. B. der von dem Kläger aus einem diesem zuständigen, als Regel in einem Bezirk anerkannten, mithin präsumtiv alle dessen Bewohner beherrschenden, Bannrecht belangte Beklagte: „er besitze ein Guth, mit welchem die Freyheit von jenem Bann dinglich verbunden sey," so bildet der *Civilbesitz* jenes Guthes *des Beklagten active* Legitimation zu der Einrede der Freyheit, *diese selbst* aber die mit jenem Besitz bedingte Hauptsache.

Indem nun ein streitender Theil auf eines der unter 1. 2. 3. 4. 5 und 6 bezeichneten Verhältnisse, als Theil seiner *Vertheidigung*, sich beziehet, entstehet der Begriff der *exceptio deficientis legitimationis ad causam activae* — des Mangels der Activ-Legitimation zur Sache.

§. f.

Passive Legitimation [38] *zur Sache.*

Unter der *passiven* Rechtfertigung zur Sache wird verstanden: die juridische Gewissheit

[38] Genau betrachtet enthält dieser Nahme insoferne einen Widerspruch, als der Begriff der *Legitimatio* etwas *Actives* ausspricht, das *passive*

heit, daſs die Gegenparthey, ſey dieſes der Beklagte oder der Kläger, *dasjenige Subject iſt*, welches die Geſetze zu der proceſſualiſchen Antwort auf die erhobene Klage, oder reſp. auf die ihm entgegengeſtellte Einrede, verpflichten. Sie bezeichnet m. a. W. das Daſeyn der geſetzlichen Bedingungen, des Gegners Angriff auf dem Wege des Proceſſes, iſt deſſelben factiſche Grundlage Wahrheit, als rechtlich anzuerkennen, oder, verneint man

paſsive activum alſo ſich ſelbſt aufzulöſen ſcheint. Darinnen liegt *vielleicht* auch der Grund, daſs Grolmann a. a. O. §. 56. mit Danz §. 124. und Nettelblatt, in der Anleitung zu der practiſchen Rechtsgelehrſamkeit. §. 132., das *Paſsive* auf den *Kläger* beziehet, ohne dabey auf die von dem Beklagten ihm entgegengeſetzten Einreden hinzuſehen. M. ſ. §. f. dieſ. Abh. V. nr. 2. Allein auch das: „der Kläger müſse *ſich paſsiv* zur Klage legitimiren," enthält einen Widerſpruch, und iſt ungegründet. Es mag vielmehr der Aufſchluſs jener, von den Rechtsgelehrten eingeführten, Benennung: „*paſsive Legitimation*" darinnen zu ſuchen ſeyn, weil derjenige, welcher nicht verbindlich iſt, als Gegner zu verhandeln, ſich auch nicht anmaſen ſoll, als Gegner ſich behandeln zu laſsen, (Martin §. 35.) in dieſem Betracht alſo zu dem *Leiden*, zu der Rolle eines Beklagten, nicht befugt iſt.

man jene Thatſachen, des Gegners Beweis, deſſen Reſultat und Rechtsfolgen, ſich gefallen zu laſſen.

Auch hier kann man die *allgemeine* Legitimation zur Sache von derjenigen unterſcheiden, welche im *ſpeciellen* Sinne dieſen Nahmen in der Proceſslehre führt. Iſt nemlich der factiſche Grund einer Klage darauf gebaut, daſs die geklagte Verbindlichkeit des Beklagten *durch dieſen ſelbſt* exiſtent gemacht worden ſey, oder aus deſſen eigenen Verhältniſſen hervorgehe, z. B. *er* habe das Darlehn aufgenommen; oder behauptet der Beklagte in der Einrede eine Thatſache, die den Kläger unmittelbar berührt und verpflichtet; ſo gehet auch hier aus der Wahrheit oder Unwahrheit jenes thatſächlichen Grundes der Klage, oder der Einrede, das Vorhandenſeyn, oder Nichtvorhandenſeyn, der paſſiven Legitimation zur Sache des Beklagten, oder reſp. des Klägers, hervor — dieſe bildet zugleich die Hauptſache, iſt mit ſolcher identiſch, nur deren Reſultat.

Es kann jedoch auch in Hinſicht auf das paſſive Rechtsverhältnis der Partheyen eine, zu der Hauptverbindlichkeit [39]) an ſich

[39]) Im weiterm Sinne. THIBAUT a. a. O. Thl. I. §. 2.

sich betrachtet nicht gehörige, Thatsache als derselben *Bedingung* in Betracht kommen, ohne deren Existenz die Klage, oder Einrede, wider *diesen* Gegner nicht Statt findet, so dass solcher dem angreifenden Theil erwidern darf: „wäre auch deine Klage, oder resp. deine Einrede, *hauptsächlich* gegründet, stände dir auch das in ihr behauptete Recht wirklich zu, so bin ich doch nicht das diesem Recht *gegenüberstehende*, nicht *das* Subject, gegen welches dasselbe ausgeübt werden könnte — *ich* bin weder *pflichtig*, noch *befugt*, über diesen Anspruch mit dir zu rechten, es ermangelt in Rücksicht auf mich die *passive* Legitimation zur Sache."

In diesem Verhältnis liegt deren *specieller*, in der Processlehre unterstellter, Begriff; und es stellt dieser sich dar:

1) wenn der Kläger den Beklagten einer Verbindlichkeit wegen in Anspruch nimmt, welche zunächst nicht von dem letztern, sondern von einem Dritten, contrahirt worden, auf jenen, den jetzt Beklagten, aber sich *fortgepflanzt* haben soll. Behauptet z. B. der Kläger, „die solchem an den verstorbenen A. zuständige Forderung sey auf den jetzt der Zahlung wegen in Klage genommenen B, *als*

Erben

Erben des A, paſſiv übergegangen," ſo iſt die Thatſache: „ob B. des A. Erbe geworden ſey," die Bedingung, den B. auf Zahlung jener Schuld des A. in Klage zu nehmen, und mithin der Vorwurf des B. Paſſiv-Legitimation zur Sache —

2) wenn der Beklagte auf eben dieſelbe Weiſe die vormals einen Dritten obgelegene Verbindlichkeit dem jetzigen Kläger unter dem Angeben als Einrede entgegen ſetzt: „letzter ſey in jene Verbindlichkeit eingetreten." Es betrifft z. B. des *klagenden* A. paſſive Rechtfertigung zur Sache, falls der beklagte B exceptiviſch erwiedert: „des Klägers Vater C. ſey ihm, dem B, ein Darlehn ſchuldig geweſen, welches er im Verhältnis zu dem A, als Erben des C, compenſirend aufrechne. „*Wurde A. des C. Erbe?*" ſagt hier eben ſo viel, als: muſs erſter des B. Einrede der Compenſation *erleiden*, iſt des klagenden A. legitimatio *paſſiva* ad cauſam vorhanden? —

3) wenn die dem Beklagten angeſonnene Verbindlichkeit nur als Rechts-Folge eines perſönlichen Zuſtandes, oder irgend einer factiſch begründeten Qualität *deſſelben*, exiſtiren kann, daher mit dem Daſeyn dieſes Zuſtandes, oder dieſer Qua-

lität

lität, bedingt ist, und also von dem Richter nur nach der ihm gegebenen Ueberzeugung von der Wahrheit jenes factischen Verhältnisses anerkannt und ausgesprochen werden kann [4c]).

Vorzüglich zeigt sich dieses bey denjenigen Präjudicial-Klagen, nach deren Inhalt der Kläger dem Beklagten einen solchen Zustand zuschreibt, welcher, ist solcher als Factum wahr, den Beklagten in Hinsicht auf den Hauptzweck der Klage, auf die Sache selbst, als dem Kläger zwangspflichtig darstellt. Fordert z. B. A. von dem B. Alimentation, weil dieser sein *Vater* sey, so betrift die Vorfrage: „ist A. des B. Vater? des Beklagten Passiv-Legitimation zur Sache? Nimmt ein angebliches Eheweib jemanden als ihren *Ehemann* auf Alimentation in Anspruch, will A. von dem B. Lehnsdienste geleistet haben, fordert die Obrigkeit von dem Bewohner einer Stadt stadtbürgerliche Abgaben, u. dergl., so ist die Qualität des *Ehemanns*, des *Vasallen*, des *Stadtbürgers*, der Gegenstand jener Legitimation —

4)

[4c]) L. 2. Cod. de liberali causa. 7. 16.

4) wenn des Beklagten Einrede auf einen ſolchen Zuſtand, oder eine ſolche Qualität, *des Klägers* ſich beziehet, von deſſen oder deren factiſchen Wahrheit der eigentliche Grund und Hauptzweck jener Einrede als Rechtsfolge abhängig iſt. So würde z. B. des Beklagten Einrede: „es wäre ihm der Kläger, als deſſelben Schutzjude, ein jährliches Schutzgeld von 10 Rthlr. ſchuldig, habe jedoch dieſe Abgabe 12 Jahre hindurch nicht entrichtet, und compenſire ſich dieſe Summe mit dem geklagten Darlehn," *inſoferne* die *paſſive Legitimation des Klägers* berühren, als die Streitfrage entſtünde: „ob der Kläger ein *Schutzjude* des Beklagten ſey? —

5) wenn das von dem Kläger als hauptſächlich verfolgte Recht ein beſonderes Rechts-Verhältnis des *Beklagten* zu einer *Sache* vorausſetzt, ohne deſſen Daſeyn des erſtern Anſpruch wider *den gewählten Beklagten* nicht Statt findet [41]). Excipirt z. B. der mit einer dinglichen Klage angegriffene Beklagte: „das Object der Klage iſt nicht in meinem Civilbeſitz, ich

[41]) L. 25. Dig. de obligationibus et actionibus. 44. 7. L. 9. Dig. de rei vind. 6. 1. L. 1. Cod. ubi in rem actio. 3. 19.

ich bin nur Pachter, Commodatar u. dergl., so spricht er zugleich aus: „es ermangelt in Rücksicht auf mich die Passiv-Legitimation zur Sache" —

6) wenn des Beklagten Einrede auf ein solches Verhältnis des Klägers zu einer *Sache* sich beziehet, von dessen Daseyn der Hauptheil der Einrede, deren bezweckte Wirkung, als Rechtsfolge abhängt. In dem Fall z. B., wo der auf eine Schuld belangte Beklagte als Einrede entgegensetzte: „er hätte an die dem Kläger zugehörige Fabrik compensirende Gegenforderungen," oder, „er hätte ein Grundstück des Klägers als Geschäftsführer mit Aufwand nützlich verbessert" u. s. w., der Kläger aber replicirt: „ich bin weder Eigenthümer, noch Besitzer, jener Fabrik, oder jenes Grundstücks, folglich ist die bezweckte Compensation wider *mich* nicht anwendbar," stehet des *Klägers* passive Legitimation zur Sache in Frage.

Vertheidiget sich nun ein streitender Theil mittelst Bezug auf eines der unter 1. 2. 3. 4. 5 und 6. bezeichneten Verhältnisse, so erhält die exceptio *deficientis legitimationis ad causam passivae* ihr Daseyn — die Einrede des Mangels an der Passiv-Rechtfertigung zur Sache.

§. 9.

§. g.

Diese Begriffe der Activ- und Passiv-Rechtfertigung zur Sache, und der daher abgeleiteten Einrede, (§. e. *a.* E. §. f. *a.* E. vorausgesetzt [42]), dürfte manche Schwierigkeit sich heben, welche man in der Sonderung jener Legitimation von der Hauptsache erfinden will [43]).

Zu-

[42]) Giebt es höhere allgemeine Principien dieser Lehre, oder läfst sich das Specielle mit mehr Umfang und Klarheit entwickeln, so thue man der wichtigen Sache die Ehre an, und enthebe sie der bis jetzt über sie verbreiteten Dunkelheit. Kein Rechtsgelehrter noch hat den Nebel verscheucht; auch nicht Grolman oder Gönner. Die von Danz in den Grundsätzen des ordentlichen Processes §. 124. aufgestellten, von Gönnern belobten, keinesweges aber erschöpfenden, die Passiv-Legitimation zur Sache kaum, und zwar unrichtig berührenden, Hauptprincipien sind nichts weniger. als das Product eigener Reflexion, sondern geschöpft aus Pfannenschmidt (Pr. Carrach) diss. de vera indole exceptionis legitimationis ad causam, Halae Magd. 1733.

[43]) Gönner, in dem jurist. Abh. Thl. I. Abh. VI. und in dem Handbuch, Thl. I. Abh. XV. §. 3. u. d. f. Dass Gönners gegebene Sonderungs-Beyspiele gröſsten Theils *unrichtig* sind, liesse sich leicht vorlegen.

Zunächst muss man hierbey A) den § e. und §. f. voran erwähnten *allgemeinen* Begriff der activen und passiven Rechtfertigung zur Sache, als mit dem Begriff eines zuständigen Rechtes, oder einer obliegenden Zwangspflicht, zusammen fliessend [44]), gänzlich zur Seite stellen, und nur die in den §. §. e. und f. nr. 1. 2 3. 4. und 5 bezeichneten Fälle, welche den *speciellen*, gewöhnlichen, Begriff jener beyden Legitimationen zur Sache enthalten, mit ihrem Princip dem Blick verstecken; dabey auch B) nicht übersehen, dass der Begriff einer *Hauptsache* im speciellen Sinn nur *relativ* ist, nur durch den *Bezug* auf einen andern, als *Mittel* oder *Bedingung* erscheinenden, Streitpunkt *hervorgebracht* wird [45]), und dass, von diesem *Bezugs-Verhältnis* abgesehen, *jede selbstständige*, ausschliesslich anhängige, Streitfrage eine Hauptsache im *allgemeinen* Sinn genannt werden kann [46]).

Siehet man ad A) zurück, so finden wir nichts weiter, als eine Hauptsache im allgemeinen

[44]) G. L. Böhmer, in princ. jur. canon. §. 672. Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. XV. §. 2.

[45]) Abhandl. IV. §. d. pr. 3. a. pag. 81.

[46]) Abh. IV. §. d. nr. 3. b. u. c. pag. 81. u. d. f.

nen Sinne. *Hier* ist kein Präjudicial-Nebenpunkt vorhanden — der factische Grund der Klage, oder Einrede, ist *einfach* — er fällt unter die allgemeinen Regeln der Beweislast — jeder streitende Theil beweisst der Regel nach seine sebstständige, von dem Gegner nicht zugestandene, factische Behauptung, aus welcher das Recht des Angriffs, oder des Gegenangriffs, resultiren soll [47]; und je nachdem die Behauptung erwiesen wird, oder nicht, erscheint der *Angreifende*, sey dieses der Kläger oder der Beklagte, im *allgemeinen Sinne* zur Sache, zu seinem Zweck, *activ* legitimirt, oder nicht, im Gefolge dieses Resultats aber des *Angegriffenen* allgemeine *passive* Legitimation, oder Nichtlegitimation zur Sache, von selbst ausgemittelt. Beweisst z. B. der Kläger, „dass *er selbst* das dem Beklagten auf dem Wege des Processes abgeforderte Darlehn *demselben* geliehen habe", so rechtfertiget er sich *hierdurch* zugleich zur Sache, und des Beklagten passive Legitimation ist *durch die nemliche Handlung* ausser Zweifel gesetzt. Vermag es der Kläger nicht, jene Behauptung darzuthun, so entscheidet sich hiermit, dass er zur Sache

activ

[47]) Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung in dem Civil-Process. Abschn. VI. pag. 154. u. d. f.

activ nicht legitimirt war, und daſs auf Seiten des Beklagten die *paſſive* Legitimation ermangelte. Doch von dieſen *allgemeinen* Legitimationen ſoll hier nicht weiter die Rede ſeyn, und es iſt nur noch zu erwähnen, daſs *nicht ſie* ein Gegenſtand der Frage ſind: ob derſelben Beweis feierlich, oder nur ſummariſch, als Beſcheinigung, herzuſtellen ſey? ſondern daſs von der Natur der *ganzen Sache*, und reſp. von dem Willen der Partheyen, es abhängt, ob dieſe auf dem Wege des ordentlichen Proceſſes, oder einer ſummariſchen Verfahrungs - Art, angebracht und verhandelt werden müſſe, oder könne [48]).

Wendet man ſich aber ad B) in das beſondere Gebiet der Legitimationen zur Sache im *ſpeciellen* Sinne, — nach *dem Begriff*, welchen man in der Proceſs-Lehre als *einzig* und *ausſchlieſsend* zu unterſtellen pflegt, — ſo wird ſich, werden die nähern Principien §. e. u. f. nr. 1. 2. 3. 4. 5. u. 6. als Probeſtein zur Hand genommen, des Richters Reflexion bald zu dem Erachten inſtruirt finden: ob *ein Theil* einer *zuſammengeſetzten* Behauptung einer Parthey, oder der gegenüber ſtehenden Vertheidigung, den Punkt einer *Legitimation zur Sache* berühre, ob dieſe

[48]) Martin, §. 128. Abh. II. §. b. pag. 27.

diese *von der Hauptsache verschieden* sich aufgreifen lasse, und, vorzüglich in Hinsicht auf den Beweis, gesondert werden könne und müsse. Richtig bemerkt GÖNNER [49]), dass, soviel I) die Activ-Legitimation zur Sache betrifft, in dem Fall, wo der Kläger selbst anführt: „er habe das als jetzt sein eigen verfolgte Recht von einen *Dritten* erworben," (§. e. nr. 1.) *diese* Behauptung unstreitig den *Legitimations-Punkt* darstellt, hiervon aber das *Recht selbst*, welches der Kläger zugesprochen wissen will, das *eigentliche Object der Klage*, als die *Hauptsache* sich scheidet. Er hätte hinzusetzen können, dass *gerade dasselbe* dann eintritt, wann das von dem Beklagten in der zerstöhrenden Einrede zu seiner Vertheidigung benutzte Recht nach seinem Anführen *ursprünglich* nicht ihm zustande, sondern einem *Dritten*. (§. e. nr. 2. et not.) In beyden Fällen muss der Kläger, oder resp. Beklagte, zunächst, ehe über den *Hauptzweck* der Klage, oder der peremtorischen Einrede, sich erkennen lässt — über diese Hauptsache — jene, den Legitimationspunkt in sich enthaltende, Behauptung *eines Erwerbs des fremden Rechtes* beweissen. Ist *dieses* Vorgeben nicht wahr, so verdient er in Hinsicht auf seinen Hauptzweck

[49]) a. a. O. §. 2. u. 3.

zweck kein Gehör vor Gericht; denn er will unbefugter Weiſe das Recht eines Dritten für ſich geltend machen [50]). Keineswegs jedoch iſt es eine allgemeine *nothwendige* Folge, daſs jener Präjudicial-Punkt den Proceſs *hemme*, daſs voran auf deſſen Erledigung *beſonders* und *ausſchlieſslich* zu interloquiren, oder daſs eine ſummariſche Beſcheinigung deſſelben *jedesmal*, und in jeder Verfahrungsart, hinreichend ſey. Doch davon unten §. h. das nähere!

Von den im §. e. nr. 5. und 6. bezeichneten Fällen erwähnt Gönner [51]) nichts; er müſste denn unter dem Begriff einer *Qualität* [52]) nicht blos eine beſondere, *rein perſönliche*, Eigenſchaft, ſondern auch das Rechtsverhältnis der Perſon *zu einer Sache* verſtehen. Dieſes letzte Verhältnis aber iſt ſelbſtſtändig, und von einer Zuſtands-Eigenſchaft, ſo wie von andern ähnlichen, blos perſönlichen, Qualitäten, welche auf Sachen ſich gar nicht beziehen,

[50]) L. 1. §. 1. in fine Dig. familiae erciscundae. 10. 2.

[51]) Martin deutet §. 34. in den Worten: „*oder* „*Rechtsverhältniſs*“ darauf hin.

[52]) Damit laſſen ſich allerdings auch die Zuſtands-Verhältniſſe bezeichnen.

ziehen, nicht hiermit bedingt ſind, ſehr verſchieden [53]); wenn gleich beyde Verhältniſſe von *gemeinſchaftlichen Rechtsprincipien* beherrſcht werden, und in einzelnen Fällen auch concurriren, factiſch ſich vereinigen können [54]). Denn ſo wie dort, wo von einer nur perſönlichen, dem Kläger zu der Verfolgung ſeines Hauptzweckes, zu der Hauptſache, befugenden, legitimirenden, Qualität die Rede iſt, *dieſe* als die beſondere Vorfrage, als der Präjudicial-Punkt, ſich darſtellt, und ſo von dem klagend oder excipirend verfolgten Recht, als der Hauptſache, ſich ſcheidet, ſo iſt dieſes ganz der gleiche Fall in Hinſicht auf die *Sache*, von welcher ein beſonderes Rechtsverhältnis des Klägers, oder des Beklagten, ausgehet, deren Beſitz jenen oder dieſen qualiſicirt, das von ihm hauptſächlich bezweckte Recht vor Gericht zu verfolgen [55]). Zunächſt iſt auch hier das Da-

[53]) Letzteres verhält ſich zu dem erſtern wie das dingliche und Beſitz-Recht zu dem blos perſönlichen Recht.

[54]) Das Verhältnis eines Lehnherrn iſt wohl ein Beyſpiel.

[55]) Auſſer der ſchon erwähnten dinglichen Confeſſorien-Klage §. e. nr. 5. kann man auch den

Daſeyn der *qualificirenden* Sache und deren Beſitz auf Seiten der *durch ſie* zur Hauptſache befähiget ſeyn wollenden Parthey von dem entſcheidenden Richter in das Auge zu faſſen, weil jener Beſitz die *geſetzliche Bedingung* des verfolgten Hauptrechtes und des Gebrauches des *hierauf* gerichteten Verfolgungs-Mittels iſt, mithin, wird der Richter von dem Daſeyn der Bedingung jenes Hauptzwecks nicht überzeugt, der Kläger, oder reſp. der Beklagte, als zu deſſelben gerichtlichen Verfolgung unbefugt ſich blosſtellt, folglich aber des Staates Schutz in dem begehrten Recht nicht erhalten darf.

§. h.

Der ſcharfſinnige *Gönner* trübt und erſchwert des Activ-Legitimations-Punktes Scheidung von der Hauptſache dadurch, daſs er vorzüglich auf den *Proceſsgang*, beſonders auf die Möglichkeit, die Einrede der fehlenden Legitimation zur Sache entgegen zu ſetzen, und *voran* deren beſondere Beſchei-

ni-

den Nuncianten, THIBAUT in dem Syſt. des Pandecten-Rechts, Thl. I. §. 323. Geſ. not. l) ſo wie den, welcher cautionem de damno infecto fordern will, THIBAUT, a. a O. Thl. II. §. 586. Geſ. not. a), als Beyſpiel aufgreifen.

nigung zu fordern, auf den *Beweis*, hinsiehet und zu erachten scheint: *darinnen*, „ob die Behauptung einer Parthey zu dem *Hauptbeweis* gehöre, oder nicht," liege der Unterschied. Er stellt hierbey [56]) folgendes allgemeine Princip auf:

„*Der wesentliche Unterschied* (zwischen der Activ-Legitimation zur Sache und der Hauptsache) *besteht darinnen, dass* 1) *jede Eigenschaft* (Qualität), *deren Beweis das in Anspruch genommene Recht selbst als richtig darstellt, als Hauptsache betrachtet werden muss, und niemals eine Einrede der mangelnden Legitimation zur Sache begründet, um unter ihrem Schutz die Einlassung auf die Klage zu verweigern; dagegen* 2) *jede Eigenschaft, die nur das streitende Subject befähiget, über den Processgegenstand mit Wirkung zu streiten, und deren Beweis das verfolgte Recht selbst nicht ausser Zweifel setzt, zur Verweigerung der Einlassung auf die Klage, wegen mangelnder Legitimation zur Sache, benutzt werden kann.*"

In Rücksicht auf den *ersten* Abschnitt dieses allgemeinen Grundsatzes ist aber zu bedenden-

[56]) a. a. O. Thl. I. Abh. XV. §. 7.

denken, dafs auch in *den* Fällen, wo *nur* die zu einer Rechtsausübung befugende Qualität, oder die dort zu qualificirende Thatsache, *ftreitig* ift, deshalb diefe Qualität oder Thatfache *nicht aufhört*, den Punkt der Legitimation zur Sache darzuftellen. Er bildet dann zwar in dem *Procefsgange* die *Hauptfache*, d. h. die hauptfächlich *ftreitige* Frage [57]); fetzt man aber diefe in Relation mit den von ihrem Gegenftand, von der *allein noch ftreitigen* Qualität, *abhängigen Rechten*, fo find *diefe* immer noch der *Hauptzweck*, welchen die Eigenfchaft, oder bedingende Thatfache, behauptende Parthey verfolgt — mithin die, nur *nicht* in lite befangene, oder vielmehr die, als bereits erwiefen, eines befondern Beweifes in dem Gange diefes Proceffes nicht weiter bedürfende *Hauptfache*. Dafs jemand einen Zuftand, eine Qualität, nur *des Zuftandes* oder der *Qualität wegen* gerichtlich verfolge, *ohne Rückficht* auf die von jenem Verhältnis im Staate *abhängigen Rechte*, läfst fich juridifch nicht denken, und wäre vielmehr eine zwecklofe, von der Gefetzgebung gar nicht geftattete, Handlung des Muthwillens. Es kann daher z. B. eine Prä-

[57]) Böhmer, in doctr. de act. Sect. II. Cap. I. §. 6.

Präjudicial - Klage u. d. gl. nie *in der Art* selbstständig erscheinen, daſs sie nicht als die Thüre in das Rechtsgebiet angesehen werden sollte und müſste, welches als das *Hauptziel* der den Zustand behauptenden Parhey vorliegt. Die Rechte der väterlichen Gewalt z. B. sind *gesetzlich* bestimmt, und bedürfen in soweit *keines andern*, als in der Urkunde des Gesetzbuchs schon aufgezeichneten, Beweisses; indem aber der Kläger behauptet: „er sey Vater des nicht emancipirten Beklagten," will derselbe die *Rechte der väterlichen Gewalt*, die Befugnis deren Ausübung über den Beklagten, *von dem Richter anerkannt* und sicher gestellt wissen, und es folgt also, daſs der *allein nöthige* Beweis der Vaterschaft *nichts anders*, als die *Activ - Legitimation zur Sache*, d. h. zu jenem *Vater-Rechten*, betrifft — mithin zwar Hauptsache des *Processes*, nicht aber Hauptsache der beabsichtigten Rechtsverfolgung überhaupt genannt werden kann. Es ist *nicht* der *Beweis der Qualität*, welcher, wie Gönner glaubt, das in Anspruch genommene Recht selbst als richtig darstellt, sondern *diese* Darstellung ist schon *vor* jenem Beweis *von dem Gesetz* gegeben, und existirt von diesem *ganz abgesondert*. Man denke sich die von einer Qualität abhängigen Rechte seyen *singulair*

lair [58]), und daſs letztere, würden ſie von dem Gegner verneint, eines *beſondern Beweiſes bedürften*, daſs jedoch der Gegner jene ſingulären Rechte, z. B. in der Litiscontestation, *einräumte*, die *Qualität* aber, von welcher ſie *abhängen*, in *Abrede ſtellte!* Hier erlediget ſich die eigentliche, in lite wirklich befangene, Hauptſache durch das Geſtändnis — es bewendet einſtweilen bey dieſem — der Sach - Legitimations - Punkt hingegen muſs dem Beweis, oder einer Beſcheinigung, ausgeſtellt werden, ohne daſs man denſelben die *eigentliche* Hauptſache nennen könnte.

Erwägt man ferner den Inhalt des *zweyten* Gliedes des Gönnerſchen Hauptprincips, ſo iſt es zwar an ſich betrachtet zweifellos: „daſs jede Eigenſchaft, die das ſtreitende Subject *nur befähiget*, über den Proceſsgegenſtand mit Wirkung zu ſtreiten, und deren Beweis das verfolgte *Recht ſelbſt* [59]) noch nicht auſser Zweifel ſetzt, das Object der activen Legitimation zur Sache in ſich enthält;“ allein

[58]) Böhmer, in doctr. de action. Sect. II. Cap. I. §. 21.

[59]) Grolman, in der Theorie des gerichtl. Verſ. u. ſ. w. §. 56. not. b.

allein, ſo gewiſs auch in dem Falle des *erſten* Abſchnitts aus dem Beweis der ſtreitigen Qualität nichts weiter hervorgehet, als das *Befähigen*, *Befugen*, *Legitimiren*, zu dem Genuſs der von derſelben abhängigen unbeſtrittenen Rechte, mithin auch hier das weſentliche Merkmal und der Begriff der activen Legitimation zur Sache hervortritt [60]), ſo wenig läſst ſich annehmen, daſs in dem Gebiete des *zweyten* Abſatzes die Einrede der mangelnden Legitimation zur Sache immer *dazu*, „*die Einlaſſung auf die Klage zu verweigern*," mit Erfolg benützt werden könne. Um dieſes aufzuhellen macht jedoch eine nähere Beleuchtung des Zwecks und der Natur jener ſogenannten Einrede ſich erforderlich.

§. 1.

Exceptio deficientis legitimationis ad cauſam activae [61]).

Genau betrachtet iſt dieſe Einrede *ſolches* im

[60]) In dem erſten Fall bezweckt der Proceſs die *Befähigung* zu dem *unmittelbaren* Rechtsgenuſs; in dem zweiten Fall die *Befähigung* zu dem *Mittel*, den Rechtsgenuſs ſich zu verſchaffen.

[61]) Man nennt ſolche wohl auch „exceptio praejudi-

im eigentlichen Sinne nicht. Denn durch ſie *verneint* man blos eine zum Klag- oder Exceptions-Recht des Gegners weſentlich gehörige Thatſache — eine Qualität u. ſ. w., mit welcher des letztern Rechtsverfolgung geſetzlich bedingt iſt; dahingegen die wirkliche Einrede in ſeiner ſelbſtſtändigen, eigenen, von dem factiſchen Vorbringen des Gegners verſchiedenen,

judicialis", und ſie verdient dieſen Nahmen inſoferne, als ſie eine präjudicielle Qualität oder Thatſache zum Gegenſtand hat. Vid. §. 13. Inſt. de actionibus. 4. 6. Die Römiſchen Geſetze aber verbinden dortmit einen andern Begriff. L. 12. 16 und 18. Dig. de exceptionibus. 44. 1. Pfannenschmid, Pr. Carrach, de vera indole exc. legit. ad cauſ. §. 18. Bisweilen erhält ſie wohl auch die Benennung „exceptio *non competentis actionis*", oder, „*tua non intereſt*," Mevius, in Deciſ. P. I. dec. 203. et nr. 6. Allein im ſpeciellen Sinn iſt jene erſte Einrede dahin gerichtet: „wenn gleich der factiſche Klaggrund hiſtoriſch wahr ſey, ſo folge doch aus dieſem Facto kein Zwangsrecht des Klägers und keine Zwangsverbindlichkeit des Beklagten;" die letzterwähnte Einrede hingegen will eigentlich ſoviel ſagen: „der Kläger habe gar kein Intereſſe dabey, ob der Beklagte, das, was die Klage von dieſem fordert, leiſte oder nicht leiſte, thue oder nicht thue." L. 2. §. 5. Dig. de aqua rel. 39. 3. Pfannenschmid, Pr. Carrach, l. c. §. 20.

nen, letztere ausſchlieſsenden, Behauptung beſtehet [62]), Man kann ſie daher nur den ſogenannten *verneinenden* Einreden beyzählen, inſoferne man unter dieſen den Einwurf verſtehet, „daſs in dem Vortrag der Thatſachen, welche der gegneriſchen Klage oder Exception zum Grund gelegt ſind — in der Geſchichtserzählung — ein weſentliches Factum ermangele" [63]). Dann trifft ſie aber, wie alle verneinenden Einreden dieſer Art, mit der Einrede „*des fehlerhaften*, *unſchlüſſigen*, *Libells*" zuſammen — *dieſe* führt nur den *Nahmen:* „except. defic. legit. ad cauſ. activae". In dieſem Fall gehört dieſelbe zu der Zahl derjenigen, blos dilatoriſchen, Einreden, welche von der Einlaſſung befreyen, den Richter aber befugen und verpflichten, die als Baſis eines rechtsbeſtändigen Proceſſes untaugliche Klage, oder reſp. Einrede, von Amtswegen zu verwerfen, jedoch nicht für immer, ſondern durch den Ausſpruch: *in der Maſe*, wie ſelbige *vorgebracht* worden ſey, finde ſie nicht Statt [64]). Von einem präjudiciel-

[62]) L. 2. Dig. de exceptionibus. 44. 1. Martin §. 82. 92 und 93.

[63]) Danz, in den Grundſätzen des ordentl. Proceſſes. §. 155.

[64]) Martin, §. 143. 137. 139.

judiciellen Beweis der activen Legitimation zur Sache *ist in diesem Falle gar nicht die Rede*; der Richter darf die fehlende Thatsache ihres Grundes nicht ergänzen; und eine Verbesserung von Seiten der Parthey, von welcher der fehlerhafte Vortrag herrührt, muss auf das Neue der Antwort des Gegners legal ausgesetzt werden [65]), wo sodann die Sache auf den regelmäßigen Weg sich einlenkt.

Wenn hingegen der Kläger *in der Klage*, oder der Beklagte *in der Einrede*, die Thatsache, Qualität u. s. w., welche ihn zu dieser Rechtsverfolgung befähiget, *bestimmt vorträgt*, so *muss* der Gegner hierauf sich einlassen [66]), d. h. sich erklären: „ob er jene, die Legitimation zur Sache begründende, Thatsache, oder Qualität, einräume, oder nicht" [67]); und es ist — *gesetzlicher* Weise — keinesweges von reellem Nutzen, die verneinende Einlassung unter der Rubrik einer *exceptio deficientis legitimationis ad causam activae* zu *wiederholen*. Denn diese Ausflucht kann und

[65]) Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. XX. §. 7.

[66]) Martin nennt diesen Theil der Klage, und zwar nicht unschiklich, §. 85. sogar den *mittelbaren Klaggrund*.

[67]) Martin §. 142.

und darf, unter den vorausgesetzten Verhältnissen, den Richter nicht hemmen, auf Beweis, oder Bescheinigung, jener *verneinten Thatsache, oder Qualität*, in *Vereinigung* mit an dem factischen Grund der Hauptsache verneinten Punkten zu erkennen [68]), dem Excipienten aber nur den Gegenbeweis, oder die Gegenbescheinigung, in Rücksicht *auf beydes* nachzulassen. Nirgends haben die teutschen Process-Gesetze jener sogenannten Einrede *das* Privilegium ertheilt, welches ihr, nach andern ältern Rechtsgelehrten, Gönner [69]) so freygebig zuspricht, nemlich: *die litiscontestation, zu verweigern*, und den *ganzen Process zu hemmen*, bis der Legitimations Punkt von dem Kläger bewiessen sey. Vielmehr stehet dieses Vorrecht mit der in den teutschen gerichtlichen Verfahren gesetzlich leben

[68]) Abh. IV §. i. pag. 98. not. 60. Berger, in Respons. P. II. resp. XLI. nr. 2. Horn, in Consult. et respons. Class. XII. Sent LXXVIII. nr. 1. 7. Hommel, in der Anleitung, Gerichtsacten zu referiren. §. 52. nr. 3.

[69]) a. a. O. Thl. I. Abh. XI. §. 4. Cotta, Pr. Ludovici, in cit. diss. §. 15. Struben, in den rechtl. Bemerk. u. s. w. Thl. I. Bem. XLV. Schmidt, in dem Lehrb. v. ger. Klagen und Einr. §. 247. und andere.

ben ſollenden heilſamen *Eventual-Maxime* in einem directen Widerſpruch. Eine factiſch und rechtlich *begründete*, an ſich betrachtet fehlerfreye, nur noch den Beweis ihres thatſächlichen Grundes zu dem Sieg des Klägers, falls nicht zerſtöhrende Einreden ſelbigen vereiteln, erfordernde Klage vorausgeſetzt, ſollen, von *ſofort liquiden*, die Klage als nicht reif, oder als erloſchen und aufgelöſt darſtellenden, Exceptionen abgeſehen [70]), nach einer bündigen Verordnung des teutſchen gemeinen Rechtes *nur erhebliche gerichtsablehnende* Einreden, denen ſich die exceptio ſpolii vermöge eines beſondern Privilegii beygeſellt [71]), den Beklagten befugen, die *eventuelle* Einlaſſung auf die Klage zu verweigern [72]); und es iſt alſo den Principien des Proceſſes durchaus nicht angemeſſen, den Grund zu einer Ausnahme in Anſehung der aus einer negativen Litisconteſtation geformten Ausflucht, „der ermangelnden Legitimation," *daher* nehmen

70) Martin, §. 143.

71) Cap. 2. et 4. X. de ordine cognition. 2. 10. Oelze, in der Anleitung zu der ger. Praxis. §. 108. Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. I. Sect. I. Mbr. II. Cap. IV. §. 7.

72) Reichs-Abſch. v. J. 1654. §. 37. u. 40.

men zu wollen, „weil diese ein Substantiale des Processes betreffe, folglich voran der Zweifel an des Klägers Befugnis zu der erhobenen Klage beseitiget werden müsse, damit der Rechtsstreit nicht vergeblich geführt werde.“ Denn der Legitimationspunkt wird ja, wie die Hauptsache selbst, mit und neben dieser, *ein Gegenstand des Beweises*, und durch diesen wird eben sowohl ausgemittelt, „ob der Kläger zur Sache legitimirt sey,“ als, „ob das verfolgte Hauptrecht juridisch existire.“ Die Gefahr einer *Nichtigkeit* des Processes ist folglich auf keine Weise vorhanden. Wollte man diesem entgegnen: „im Fall sich durch einen der Legitimation zur Sache wegen *besonders* aufgelegten Beweis herauswerfe, daſs der Kläger zur Sache nicht legitimirt sey, so bedürfe es dann keiner Verhandlung der Hauptsache, man erspare Zeit und Kostenaufwand u. dergl. [73]),“ so muſs man erwiedern: daſs es einer weisen Rechtspflege angemessener ist, das Eventuelle, auf Gefahr und Kosten des unbefugt klagenden Theils, gleichzeitig, jedoch *eventuell*, mit zu verhandeln, als den Pro-

[73]) Struben, a. a. O. Auch der mit sich selbst im Widerspruch stehende Wernher, P. II. obs. 419.

Procefs durch befondere Vorbeweifse in eine noch gröfsere Länge zu ziehen. Und wie, wann der Kläger in jenem abgefonderten Vorbeweis zwar die behauptete Qualität u. f. w. erwiefen hätte, nun zu dem Beweis der Hauptfache gelaffen, durch deren Refultat aber als temere litigans dargeftellt würde? Dann hat man neben der doppelten Zeit auch doppelte Koften verlohren! Zwar fcheint das Römifche [74]) und kanonifche [75]) Recht Gönners und der ältern Rechtsgelehrten Meinung zu begünftigen; allein jene Gefetzgebung ftehet der vaterländifchen nach — dort war die heilfame Eventual-Maxime nicht fo heimifch, wie fie in den teutfchen Gerichtshöfen, *nach einem teutfch-procefsrechtlichem Grundprincip, feyn foll* — und fiehet man ab von den Fällen, wo der Legitimations-Punkt an eine befon-

[74]) Z. B. Cap. 3. X. de ordine cognition. 2. 10.

[75]) Z. B. L. 5. §. 18. Dig. de agnofcendis vel alendis liberis. 25. 3. L. 6. Dig. fi ingenuus rel. 40. 14. L. 2. Cod. de ordine judiciorum. 3. 8. L. 2, 5 u. 6. Cod. de ordine cognitionum. 7. 19. Die Gefetze, welche die Befugnis zu der Anftellung *einer öffentlichen Criminalklage* betreffen, z. B. L. 1. Cod. de ordine cognit. 7. 19. gehören nicht hieher.

sondere Behörde [76]), oder an ein besonderes Forum [77]) gewiessen war, so fragt es sich noch: ob die Römischen und Canonischen Gesetze etwas anders sagen wollen als: „der Richter soll jenen Streitpunkt immer *zunächst* in das Auge fassen, *zunächst* entscheiden?" — Dieses aber *schliesst keineswges aus*, dass die Hauptsache *zugleich* miterörtert werden können [78]); ja ein Römisches Gesetz scheint so ziemlich klar darauf hinzudeuten [79]). Auch findet man wirklich, dass die Praxis jenen teutsch-processrechtlichen Principien entspreche, wenn man seinen Blick auf das wendet, was wegen des Beweises der activen Sachlegitimation erkannt zu werden pflegt.

§. k.

[76]) L. 5. Cod. de ordine cognitionum. 7. 19. coll. L. 1. Cod. de ordine cognit. 3. 8. Das letztere Gesetz betrachtet die legitimatio ad causam als einen mit der Hauptsache materiell connexen, *incidirenden*, Streitpunkt, über welchen der sonst incompetente Richter erkennen könne. Martin §. 50.

[77]) Abhandl. IV. §. h. Ges. not. 56. pag. 96.

[78]) Abhandl. IV. §. f. pag. 89.

[79]) L. 2. Dig. de ordine cognitionum. 3. 8. Dieses Gesetz, welches controversiam *de hereditate*

§. k.

Beweis, oder Beſcheinigung, der Activ-Legitimation zur Sache.

Es wurde ſchon erwähnt, daſs

A) wenn in der Klage oder Einrede die thatſächliche Bedingung der Befähigung zu der Verfolgung des Hauptzwecks der Klage oder Einrede *nicht*, oder *nicht ſo*, vorgetragen iſt, daſs der Gegner darauf beſtimmt zu antworten vermag, jene Klage, oder Einrede, als *untauglich* verworfen werden muſs, ein Beweis alſo hier von ſelbſt hinwegfällt. Man zweifelt auch in den Gerichtshöfen und Spruchcollegien nicht daran, daſs eine ſolche inepte Klage angebrachter Maſen verworfen werden müſſe.

Da-

tate et libertate vorausſetzt, verordnet ausdrücklich: *ordinanda prius eſt cauſa libertatis*, fügt aber hinzu: „ſufficit ei, qui libertate utitur, ad victoriam, de *hereditate* ſecundum eum eſſe pronuntiatum." Dieſes läſst ſich nur ſo erklären, daſs die hereditatis petitio, neben dem Legitimationspunkt, *miterörtert worden war*, und der Richter, indem er nur über die Hauptſache *definitiv* erkannte, ſtillſchweigend *zugleich* mit ausſprache: „die Legitimation zu dieſer ſey dargethan."

Daferne aber

B) eine Klage [80]) die factische Grundlage der Sachlegitimation gehörig ausspricht, und

1) der Beklagte neben derselben auch den thatsächlichen Grund der Hauptklage verneint [81]), wenigstens einen Theil hiervon, so erfolgt ein das Ganze beherrschendes Interlocut auf Beweis und Gegenbeweis, oder Bescheinigung und Gegenbescheinigung; je nachdem die Sache auf dem Weg des ordentlichen oder summarischen Processes eingeleitet ist. In der Entwickelung und bey der richterlichen Entscheidung des Rechtsstreits bildet dann der Legitimationspunkt immer das

80) Was künftig von dieser gesagt wird, gilt auch von der *Einrede*, insoferne diese als Entscheidungspunkt vorliegt.

81) Wäre jedoch über den Legitimationspunkt der Eyd angetragen, und würde dieser für zulässig erachtet, §. seq., so kann es zweckmäßig seyn, voran auf dessen Erledigung besonders zu erkennen, weil durch den kurzen Act der Ableistung, oder Verweigerung, sich schnell entscheidet, was nun in der Hauptsache weiter zu verfügen sey. Ueberhaupt lassen sich von obiger *Regel* einzelne *Ausnahmen* denken, zu welchen der den Process dirigirende Richter befugt ist; allein sie sind *nur Ausnahmen*.

das Präjudicielle [82]). Falls aber der Beklagte

a) den Grund der Hauptklage einräumt, oder dieser eines Beweises von Seiten des Klägers nicht bedarf, der Beklagte jedoch

a) eine zerstöhrende Einrede entgegen gestellt hat, so pflegt der Richter entweder

α) zunächst eine besondere Bescheinigung des Legitimations-Punktes dem Kläger aufzulegen, das Beweis-Interlocut über die Einrede hingegen bis dahin auszusetzen, wo das Resultat jener Bescheinigung ergiebt, ob der Kläger zur Sache für legitimirt zu achten sey, oder nicht [83]; oder

β) auch den Beklagten sofort zu dem Beweis seiner Einrede zu verurtheilen; in welchem Fall sodann jene Bescheinigung und dieser Beweis neben einander verhandelt werden [84]).

Wählt

[82]) Abhandl. IV. §. f. pag. 98.

[83]) Von diesem Fall, und wann besondere Gründe zu einer *Ausnahme* eintreten, voran den Legitimations-Punkt fest zu stellen, sprechen wohl die von SCHWEITZER in dem Lehrbuch des Sächs. Processes §. 34. not. 51. angezogenen Sächs. Process-Ordnungen.

[84]) Man ertheilt in diesen Fällen wohl auch ein *be-*

Wählt nun der Richter den Weg unter α), und die Bescheinigung fällt zu dem Vortheil des Klägers aus, so wird dann dem Beklagten in einem besondern Interlocut der Beweis der peremtorischen Einrede aufgelegt; welches hingegen dann als unnöthig unterbleibt, wann jene des Klägers Bescheinigung ergiebt, dass er sich zur Sache nicht rechtfertigen können.

Hat der Richter den Weg unter β) eingeschlagen, so fasst er in dem Processgange und bey der Ertheilung eines Erkenntnisses immer zunächst den Präjudicialpunkt der Sachlegitimation in das Auge, indem er, falls dieser als hergestellt sich herauswirft, sodann

zu-

bedingtes Interlocut. Z. B. „Würde Kläger zuförderst binnen 14 Tagen," dass u. s. w., „beybringen, und auf diese Weise zu der Sache sich rechtfertigen, so ist sodann der Beklagte den Grund der von ihm vorgeschützten Einrede u. s. w., binnen vier Wochen u. s. w., zu erweisen schuldig." Dann gehet die Bescheinigung der Legitimation ausschliesslich voran. Allein es können leicht Zweifel über den Anfang der Beweisfrist des Beklagten entstehen, und selbige doch ein nochmaliges Interlocut veranlassen.

zugleich auch über das Refultat jenes Beweifes der Einrede abfpricht, der letztern Mühe aber enthoben bleibt, daferne er erkennen mufs: „es fey der Kläger, weil folcher das, was zu befcheinigen ihm obgelegen, nicht dargethan habe, zur Sache für legitimirt nicht zu achten.“

Hätte aber

c) der Beklagte eine zerftörende Einrede nicht aufgeftellt, fo bleibt des Klägers Activ-Legitimation zur Sache der einzige Vorwurf des demfelben aufzulegenden, entweder feierlichen oder fummarifchen, Beweifes, fo wie des fernern Verfahrens, und der endlichen Entfcheidung des Richters [85]).

Sollte endlich

D) ein Mangel an der activen Rechtfertigung zur Sache erft in dem Laufe des Proceffes entftehen und fich zeigen [86]), fo wird diefer Prä-

[85]) In diefem Fall kann ein bedingtes Endurtheil möglich werden. Z. B. „Würde Kläger u. f. w. beybringen, fo ift der Beklagte u. f. w. zu leiften fchuldig.“

[86]) Z. B. es verftirbt ein bisher ftreitender Theil, und ein anderes Subject will den Procefs als deffelben vorgeblicher Erbe u. d. gl. fortfetzen.

Präjudicial - Incidentpunkt [87]) zunächst durch die richterliche Auflage einer Bescheinigung aufgefaſst und beſeitiget, ohne jedoch den Vorschritt des Proceſſes *immer* zu hemmen, ſondern der Regel nach in der Art, daſs, im Geiſte der Eventual-Maxime, bedingungsweiſe [88]) auch auf die übrigen Streitpunkte hingeſehen und über dieſe zugleich miterkannt wird.

Nicht gegründet iſt es, wenn Gönner [89]) nichts weiter als Folge eines Nichtbeweiſes der activen Legitimation zur Sache annehmen will, als des Beklagten Entbindung *von der Inſtanz*, da doch dieſer vielmehr von der erhobenen Klage *gänzlich* loszuzählen iſt. Denn es iſt ja aus jenem Nichtbeweis als juridiſche Wahrheit hervorgegangen, daſs der Kläger *gar nicht befugt ſey*, den Beklagten des von dieſem geforderten Objects wegen in Anſpruch

[87]) Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. XV. §. 4.

[88]) Es ſpricht ſich ſolches gewöhnlich ſtillſchweigend aus. Z. B. Daſs zuvörderſt N. N. zu der Sache ſich zu rechtfertigen pflichtig. Sodann, die Hauptſache betreffend, iſt Beklagter u. ſ. w.

[89]) a. a. O. Thl. I. Abh. XV. §. 4 und in den juriſt. Abhandl. Thl. I. Abh. VI. §. 7. mit Grolman, a. a. O. §. 56. not. b.

ſpruch zu nehmen [90]) Es bleibt zwar möglich, daſs der, als zu dieſer Sache nicht befugt, zurückgeworfene Kläger, geſtützt auf eine *andere* Erwerbart des ſchon einmal *unbefugt* verfolgten Rechtes, oder in Bezug auf eine andere, als in jenem verlohrnen Proceſs unterſtellte Qualität, u. ſ. w., mit einer neuen, das nemliche Object verfolgenden, Klage wider eben denſelben Beklagten hervortreten könne; allein dieſes begründet einen *durchaus neuen* Proceſs, eben ſo, als wann der in Hinſicht auf einen ſpeciellen Klaggrund ſchon einmal beſiegte Kläger mit einem andern, dortvon ganz verſchiedenen, ſpeciellen Klaggrund einen anderweiten Rechtsſtreit einleitet [91]).

§. 1.

Beweis, oder Beſcheinigung, *der Paſſiv-Legitimation zur Sache.*

Betrachtet man II) die Paſſiv-Legitimation (§. f. nr. 1. 2. 3. 4. 5. und 6), in Bezug auf

[90]) Auch *hier* giebt es peremtoriſche Beweis- oder Beſcheinigungs-Friſten; auch *hier* eine res judicata.

[91]) L. 28. §. 4. ſeq. Dig. de jurejurando. 12. 2. Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. XX. §. 2. u. d. f. Grolman, a. a. O. §. 168.

auf deren *Beweis*, so tritt von selbst hervor, daſs *der* streitende Theil, welcher den Uebergang einer sonst fremden Verbindlichkeit auf seinen Gegner behauptet, oder aus einem, diesem beygelegten, Zustands-Qualitäts- oder sächlichen Rechtsverhältnis eine Obligation ableiten und diese realisirt wissen will, den Beweis jener Fortpflanzung, jenes Zustandes, jener Eigenschaft, oder jenes auf eine Sache sich beziehenden Verhältnisses, im Fall einer Verneinung, selbst übernehmen muſs [92]), daferne weder Notorität [93]), noch eine Rechtsvermuthung [94]), ihn der Last enthebt.

Präjudiciell [95]) ist, der Natur der Sache nach, auch der Gegenstand *dieses*, einen absolut wesentlichen Bestandtheil des Processes betreffenden, Beweisses; doch *folgt* daraus nicht, daſs derselbe mittelst einer Sonderung herauszuheben und, bevor in der Hauptsache

[92]) L. 5. §. 18. Dig. de agnoscendis vel al. liber. 25. 3. L. 6. Dig. si ingenuus esse dicetur 40. 14. L. 9. Cod. de probationibus. 4. 19.

[93]) Wenigstens eine, durch ein amtliches Zeugnis auszusprechende, Gerichts-Notorität ist hier denkbar.

[94]) L. 8. u. 14. Dig. de probationibus. 22. 3.

[95]) L. 5. §. 18. Dig. de agn. vel alend. lib. 25. 3.

ſache weiter vorgeſchritten werde, ausſchlieſslich zu beſeitigen ſey. Vielmehr wirkt auch hier das Grundprincip der Eventual-Maxime, und man kann auf dieſen Gegenſtand des proceſſualiſchen Verfahrens eben daſſelbe anwenden, was im §. 1. von dem Beweis der *activen* Legitimation zur Sache für das Allgemeine aufgeſtellt wurde. Hat nemlich

A) der Kläger [96]) in der Klagſchrift die beſondere Thatſache, Qualität u. ſ. w., welche den Beklagten als das verbindliche Subject darſtellen kann, gar *nicht*, oder *nicht ſo*, vorgetragen, daſs letzter ſpeciell und erſchöpfend darauf zu antworten vermag, ſo hat die Klage einen *weſentlichen Mangel,* welcher deſſen Rüge, unter der beliebigen Rubrik: „exceptio deficientis legitimationis ad cauſam *paſſivae*" [97]), begründet, den Richter aber befugt und verpflichtet, den Beklagten von der Inſtanz zu entbinden

[96]) Auch hier iſt auf die, die Behauptung einer Paſſiv-Legitimation des Klägers §. f. nr. 2. 4. u. 6. in ſich enthaltende, *Einrede*, wird ſolche ein Gegenſtand der Entſcheidung, alles anwendbar, was von der *Klage* geſagt wird, inſoferne dieſe einen Punkt der ſpeciellen Paſſiv-Legitimation des Beklagten vorträgt.

[97]) Nicht des Klägers, ſondern des *Beklagten.*

den, m. a. W., die Klage angebrachter Massen sofort zu verwerfen.

Daferne hingegen

B) die Klagschrift jene Bedingung der Verbindlichkeit des gewählten Beklagten deutlich in sich faſst, so *muſs* dieser, eine erforderliche Begründung der Hauptsache vorausgesetzt, auf jenen Legitimations-Punkt bestimmt sich einlassen, wo sodann

1) geschiehet dieses *verneinend*, und wäre auch der *factische Grund der Hauptklage*, ganz oder zum Theil, in Abrede gestellt, dem Kläger der Beweis, oder die Bescheinigung, *sämtlicher* verneinten Punkte, ohne Trennung, aufgelegt, dem Beklagten aber der Gegenbeweis, oder die Gegenbescheinigung, ebenfalls sowohl in Hinsicht auf den Passiv-Legitimations-Punkt, als in Betracht der Principal-Sache, nachgelassen, in dem Gange des Processes aber, so wie bey der Abfassung der Definitiv-Sentenz, jener Punkt der Legitimation immer *voran* in Betracht gezogen wird [98]).

Sollte

a) der Beklagte den Grund der Hauptklage einräumen, oder diese eines Beweises nicht bedürfen, derselbe aber

a)

[98]) Abhandl. IV. §. f. pag. 89.

a) einer peremtorischen Einrede sich bedient haben, so kann auch hier der Richter entweder

α) zunächst einen besondern Beweis des Beklagten Passiv - Legitimation dem Kläger zur Pflicht machen, oder

β) auch dem Beklagten, in dem nemlichen Interlocut, den gleichzeitig zu führenden Beweis seiner Einrede auflegen.

Im Falle α) wird, hat der Kläger das Obliegende dargethan, dann erst besonders auf den Beweis der Einrede des Beklagten erkannt; welches hingegen vergeblich seyn würde, daferne der Kläger jenen Beweis nicht führte, und also schon deshalb des Beklagten Entbindung erfolgen muss. Im Falle β) aber zeigt ebenfalls die Eventual-Maxime den Weg zur Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreites *).

Wäre

*) d. h. Bey der Definitiv - Sentenz prüft der Richter *zunächst* den über die Passiv - Legitimation geführten Beweis. Ist in diesem *gar nichts* dargethan, so bedarf des Beklagten Hauptbeweis keine Prüfung. Ist aber *dort* bewiesen, vollständig oder unvollständig, so wird alsdann, resp. *bedingt*, auch über jenen Hauptbeweis erkannt.

Wäre ferner

b) von dem Beklagten eine erhebliche zerstöhrende Einrede der geständigen, oder eines Beweises nicht bedürfenden, Hauptsache nicht entgegen gestellt worden, so liegt die Passiv-Legitimation des Beklagten insoferne als die *allein rückständige* Streitfrage vor, welche durch den, dem Kläger aufzulegenden, feierlichen oder summarischen, Beweis zu der endlichen Entscheidung des Rechtsstreites hinzuführen ist.

Daferne

D) der Mangel an der passiven Legitimation erst im Laufe des Processes incidirend sich darstellt, so gebietet ein richterliches Decret die Abhülfe dieses präjudiciellen Incidentpunktes, unter *eventueller* Mitberücksichtigung der übrigen noch zu erörternden Streitpunkte.

Auch hier ist übrigens rechtsgewiss, dass des Klägers Nichtbeweis der des Beklagten Passiv-Legitimation zur Sache zum Grund gelegten Thatsache, Qualität u. s. w., des letztern *gänzliche Entbindung* von *dieser* Klage zur Folge hat, jedoch die Behauptung eines *andern*, als *dort* angegebenen, Grundes der

der Fortpflanzung der Verbindlichkeit u. s. w. eine *neue*, von der vorigen juristisch verschiedene, Klage zu begründen vermag.

§. m.

Mittel zu dem Beweis der Legitimation zur Sache

Dass Zeugen [99]) und schriftliche Urkunden [100]) die den Kläger zu einem Rechtsanspruch

[99]) Wenn nicht diese durch die Natur der vorliegenden *Process-Art* ansgeschlossen werden. Abh. II. §. g. pag. 60.

[100]) Zu dem Beweis einer Cession reicht der blose Besitz eines Schulddocuments, enthielte dieses auch die Clausel: „*allen getreuen Inhabern*," nicht zu, weil das Wort: „*getreuen*" von selbst auf die Bedingung eines *rechtlichen* Erwerbs hinzeigt, dieser also von dem Inhaber der Urkunde nachzuweissen ist. Leyser, in Medit. ad Pand. spec. 201. med. 2. Mevius in Decis. P. VII. dec. 236. M. G. Wernher. in lect. comment. in Pand. Lib. XVIII. Tit. IV. §. 17. Cotta, l. c. §. 17. Doch sind viele anderer Meinung. Hofacker, in princ. jur. rom. germ. T. III. § 1956. Brunnemann, in tract. de Cessione actionum. Cap. IV. nr. 80. Kind, in quaest. for. T. III. Cap. 40. Hommel, in Rhaps. quaest. for. obs. 645. Eine andere

ſpruch befähigende, oder den Beklagten zu dem Gebrauch einer Einrede befugende, Qualität u. ſ. w. erweiſsen können, läſst ſich nicht bezweifeln. Auch darf man, nach dem Verhältnis der einzelnen Fälle, beweislich ausgemittelten auſsergerichtlichen Geſtändniſſen [101]) jene Kraft beylegen; ſo wie auch Rechtsvermuthungen, ſoferne reſp. deren thatſächliche Prämiſſen dargethan ſind, beſonders diejenigen, welche aus dem *Beſitz* einer Qualität hervorgehen [102]), die juridiſche Wahrheit der Befugnis zur Sache, inſoweit ein Gegenbeweis dieſelbe nicht entkräftet, zu begründen vermögen, ja ſelbſt künſtliche Beweiſe [103]) dabey nicht ausgeſchloſſen ſind.

Den

dere Frage iſt: ob nicht wenigſtens eine *Vermuthung* aus jenem Beſitz hervorgehe, und was dieſe wirke? —

101) Cap. 10. de probationibus. 2. 19.

102) L. 14. Cod. de probationibus. 22. 3. L. 12. Dig. de ſtatu hominum. 1. 5.

103) Martin, §. 222. Das Geſetz ſchlieſst dieſe ſo wenig aus, als richterlich erkannte Eyde. (Martin §. 221.) Cotta, Pr. Ludovici, l. c. §. 24. ſeqq.

Den Gebrauch des *Schiedes-Eydes* will ein Theil der Rechtsgelehrten aus diesem Felde verbannen, weil man, über fremde Handlungen oder Verhaltnisse zu schwören, niemanden ansinnen [104], auch über das Recht eines Dritten sich nicht vergleichen könne [105], insonderheit demselben der in einer *nicht von ihm* geführten Streitsache von einem andern geleistete Eyd nicht nachtheilig werden soll [106], und daher der Beklagte, werde ihm der Eyd über des Klägers Rechtfertigung zur Sache angetragen, dadurch gegen des wirklich Befugten Anspruch auf das nemliche Object, hätte der jezt aufgetretene, den Eyd deferirende, Kläger diese Eigenschaft fälschlich oder irrig sich beygelegt, nicht

 ge-

[104]) L. 4. Dig. de in litem jurando. 12. 3. L. 11. §. 2. Dig. rerum amotarum. 2. 25. Sieber, in dem gerichtlichen Procefs §. 393. will daher den Eyd dann zulassen, wann der Beklagte bey der Cession u. d. gl. gegenwärtig gewesen sey, oder sonst zuverlässige Nachricht davon habe.

[105]) L. 2. Cod. inter alios acta rel. 7. 60. L. 3. Dig. de transactionibus. 2. 15. coll. L. 21. Dig. de dolo malo. 4. 3. L. 2 et 31. in fine Dig. de jurejurando. 12. 2.

[106]) L. 3. §. 3. L. 9. §. 7. L. 10. L. 11. §. 3. in fine Dig. de jurejurando.

gesichert werde [107]). Ein anderer Theil der Rechtsgelehrten fühlt, dass diese Gründe auf das Verhältnis der *Passiv-Legitimation* [108]) nicht anwendbar sind, und will daher die Eydesdelation nur in Betracht der Activ-Legitimation zur Sache ausgeschlossen wissen [109]).

Noch

[107]) M. G. Wernher, l. c. Lib. XII. Tit. II. §. 22. nr. 5. I. B. Wernher, in sel. Obs. for. P. III. obs. 54. Malblanc, in doctrina de jurejurando. §. 144. nr. 108. Claproth, in dem ordent. Process. Thl. II. §. 320. nr. XIX. Hofacker. in princ. jur. rom. germ. T. III. §. 4515. not. g.

[108]) Denn *diese* Legitimation zur Sache hat ja ein *selbsteigenes* Factum, oder Verhältnis, *der* Parthey, welcher von dem Gegner der Eyd angetragen wird, so wie eine dortmit verbundene, durch *eben jenes streitenden Theils* Willen existirende, Verbindlichkeit zum Gegenstand. Schwört also diese Parthey den ihr deferirten Schiedes-Eyd ab, so lösst die von dem Gegner ihm beygelegte Verbindlichkeit, *in Hinsicht auf den ihr unterlegten mittelbaren Grund, eben soweit* sich auf, als wenn durch Zeugen, Urkunden u. s. w. ihr Daseyn nicht, oder ihr Nichtdaseyn, erwiesen worden wäre. Ist die Thatsache ein alleiniges Factum dessen, dem deshalb der Eyd angetragen wird, so findet nicht einmal die Relation statt (not. 119.)

[109]) Hommel, in Rhapsod, qu. for. Obs. 12.

Auch

Noch andere gestatten *auch über diese* im Allgemeinen den Antrag des Schiedes - Eydes, nehmen jedoch *den* Fall aus, wo eine von dem Beklagten geleistet werden sollende *Quantität*, z. B. das ursprünglich nicht dem jetzigen Kläger als Forderung zuständig gewesene Darlehn, in Frage stehe. Denn — sagen diese — gäbe der Beklagte den Eyd zurück und der Kläger leistete diesen, wäre jedoch nicht der befugte Gläubiger, so würde der im Gefolge des von dem Kläger abgeschwornen referirten Eydes verurtheilte und zahlende Beklagte in der Gefahr verbleiben, den nachher gegen ihn auftretenden wahren Creditor die nemliche Summe nochmals, so aber doppelt, zu bezahlen [110]).

Allein Gesetze und Rechtsprincipien sprechen *dafür*, dass *sowohl* über die *active* als über die passive Legitimation der Antrag des Schiedes - Eydes *unbedingt* Statt finde [111]).

Es

Auch mögen die übrigen, not. 107. angezogenen, Rechtsgelehrten nur die legit. *activa* in dem Blicke gehabt haben.

110) I. L. Schmidt, in den öffentlichen Rechtssprüchen: Abschn. II. nr. LXXX. §. 7. Berger, in Oec. jur. Lib. IV. Tit. XXV. th. V. nt. 17.

111) Dieses wird auch angenommen von Kind, in

Es ist dieser Eyd, habe er auch gewisser Masen die Natur und Folgen eines Vergleiches, von den Gesetzen in die Reihe der ordentlichen Beweismittel dadurch aufgenommen [112]), dass er in *Civilsachen* allgemein dazu benützt werden darf, den Richter von der juridischen Wahrheit jeder, einer Streitfrage zum Grund liegenden, für dieselbe erheblichen, speciellen *Thatsache* zu überzeugen [113]). Auch stehet das römische Recht [114]) nicht entgegen, und es ist in der Lehre

in qu. for. T. I. Cap. XXIV. und Berger, P. I. Suppl. elect. disc. for. Tit. XVIII. Obs. VII. Cotta, Pr. Ludovici, in cit. diss. §. 36.

[112]) Grolman, a. a. O. §. 91.

[113]) L. 3. §. 1. L. 13. et 34. Dig. de jurejurando. 12. 2. Martin, §. 213. Ges. n. l. adj. Nov. 73. Cap. 4. L. 25. Dig. de probationibus. 22. 2. L. 5. §. 8. Dig. de injuriis. 47. 10. L. 11. §. 1. et 2. L. 12. et 14. Dig. de actione rerum amotarum. 25. 2. L. 32. Cod. de fideicomissis. 6. 42. L. 10. Cod. de rebus creditis. 4. 1.

[114]) Die Gesetze, welche verordnen: der Vormund, oder Procurator, sey nicht zwangspflichtig, über eine nicht von ihm vollzogene Handlung oder ihm fremde That, einen Eyd abzuleisten, L. 4. Dig. *de in litem jurando*. 12. 3. sind auf die vorliegende Frage gar nicht anwend-

Lehre des teutſchen Proceſſes nicht zu bezweifeln, daſs der beweiſsende Theil ſeinem
Geg-

wendbar, da eine Nebenperſon im Proceſs keine Hauptperſon iſt. Was aber in der L. 11. §. 2. Dig. *de act. rerum amotorum.* 25. 2. von dem Verhältnis des Vaters zu ſeinem Hauskind geſagt wird, ſetzt entweder voraus, daſs letzteres, einer amotio wegen belangtes. Subject noch am Leben ſey, und *ſelbſt* ſchwören könne — *is ergo cogitur jurare, qui amoviſſe dicitur,* — oder will, ſo wie der darauf folgende Theil des Geſetzes: „*et idcirco nec heres ejus, qui, quaeve, amoviſſe dicitur, jurare cogetur,*" nur ſoviel ſagen: „daſs der, auf welchen eine urſprünglich ihm nicht obliegende Verbindlichkeit ſich fortgepflanzt haben ſoll, oder welcher aus einem andern Grund verpflichtet wäre, für derſelben Erfüllung zu haften, nicht de *veritate* der Verbindlichkeits-Quelle zu ſchwören pflichtig iſt, ſondern *inſoweit* mit der Ignoranz ſich entſchuldigen kann." L. 42. Dig. *de regulis juris.* 50. 17. Daraus folgt aber nicht, daſs auch der Eydesantrag *über ſein Wiſſen* unzuläſſig ſey. Das letztere Geſetz enthält nicht die entfernteſte Spur einer ſolchen Unpflicht; dahingegen ein anderes röm. Geſetz. L. 12. Cod. *de rebus creditis.* 4. 1. in den Worten: *cum multum diſcrepet juramentum hereditarium a principali ſacramento*, wohl nichts anders ſagen will, als: der Erbe müſſe, in Hinſicht auf Handlungen ſeines Erblaſſers, zwar ſchwören, jedoch nicht, wie dieſer, de *veritate*, ſondern de *ignorantia.*

Gegner nicht blos über *dessen alleinige*, oder zwischen diesem und jenem *gemeinschaftliche*, Handlungen den Schiedes-Eyd anzutragen befugt sey, sondern auch über Facta *aliena*, die weder dem Kläger noch dem Beklagten eigen, oder zwischen diesen gemeinschaftlich sind, ja selbst über *alleinige*, zur Entscheidung beytragende, Facta, oder persönliche Verhältnisse, des *beweisführenden* Theils [115]). Denn zu der selbstigen Ableistung eines Schiedes-Eydes kann man sich nicht darbieten; und so würde man für den letzten Fall von dem Gebrauch jenes, nicht selten einzigen, Beweismittels ganz ausgeschlossen seyn [116]). Nur ist derjenige, welchem

115) Selbst *dieses* sprechen die Römischen Gesetze klar aus, indem sie dem ex Edicto Carboniano bonorum possessionem forderndem Weibe die Eydesdelation sogar *darüber* gestatten: *dass sie schwanger sey*. L. 10. Dig. *de Carboniano edicto* 37. 10. V: „*si illa heredi detulit jusjurandum*," coll. L. 3. §. 3. Dig. *de jurejurando*, V: *vel contra eam juratum est*. Hier muss der Erbe doch wohl de *ignorantia* schwören *müssen*?

116) Dieses aber ganz gegen den Hauptgrund, aus welchem die Gesetzgebung den Schiedes-Eyd als Beweismittel dargestellt hat und erlaubt. Nov. 73. Cap. 4.

chem der Eyd über eine ſolche Thatſache deferirt wird, welche in Rückſicht *auf ihn* als ein factum *mere alienum* ſich darſtellt, d. h. entweder ſeinem Gegner ausſchlieſslich angehört, oder einem Dritten, denſelben blos *dahin*, „daſs er die Wahrheit, oder reſp. Nichtwahrheit, jener Thatſache nicht wiſſe [117]) auch nicht glaube [118])" zu leiſten *zwangspflichtig*.

[117]) Dieſes folgt aus den not. 104. 5. 6. u. 113. angezogenen Geſetzen, und grundlos wird es von einigen theils in Bezug auf eben dieſelbe, nicht richtig verſtandene; Geſetze bezweifelt und beſchränkt. Malelanc, in doct. de jurejurando. Lib. III. §. 43. pag. 131. Grolman, a. a. O. §. 92.

[118]) Die, welche das juramentum *credulitatis* als eine Miſsgeburt der Praxis verbannt wiſſen wollen, Malblanc l. c. §. 44. Grolman, a. a. O. §. 94. Tevenar, in der Theorie der Beweiſe u. ſ. w. Abſchn. II. Cap. III. pag. 88. überſehen, daſs derſelbe den recipirten Geſetzen nicht fremd iſt. II. Feud. 58. §. 4. *Cum datur* rel., auch das juramentum ignorantiae in ſich faſst. Die Eydesformel gehet immer dahin: „*er wiſſe und glaube nicht*," oder reſp. er *wiſſe und halte dafür*. Dieſer *Zuſatz* iſt auch durchaus nicht *zwecklos*, vielmehr einer weiſen Geſetzgebung angemeſſen, da er die bona fides des Schwörenden betrifft, und deren Anregung nach der Natur eines Beweismittels ſehr heilſam

tig [119]). Viele Landesgesetze haben dieses bestätiget [120]). Der Grund aber, dass man über das

sam werden kann, welches im Grunde ein Zeugnis in eigener Sache enthält. L. 32. Cod. *de fideicommissis.* 6. 42. Auch wird das *Nichtwissen* durch jenen Anhang des *Nichtglaubens* qualificirt — gegen Vagheit und leichtsinniges Hinschwören mehr gesichert. Selbst auch die Römischen Gesetze enthalten von jener Erscheinung eine Spur, welche den Glaubens-Eyd *nicht schlechthin* ausschliesst. L. 34. pr. Dig. *de jurejurando.* 32. 2. Den Zweifel erregt der *modus* der *dessentwegen* für nicht verpflichtend zu achtenden Delation.

119) Nur die *Relation* des über ein *alleiniges* Factum *dessen* zugeschobenen Eydes, *welchem* dieser deferirt wird, findet *deshalb* nicht Statt, L. 11. §. 3. L. 12. et 13. Dig. *rerum amotarum.* 25. 2., weil vernünftige Gesetze nicht zulassen können, dass derjenige, welchem die Ableistung eines Eydes über die Wahrheit oder Unwahrheit einer von ihm, ohne Concurrenz des Deferenten, vollzogen seyn sollenden Handlung in die Hände gegeben ist, selbige verweigern, und seinem, dortmit unbekannten, Gegner die eydliche Erhärtung auflasten wolle: „er wisse und glaube, dass diese alleinige Handlung seines Gegners wahr oder nicht wahr sey". Vielmehr ist zu vermuthen, dass *jene Relation* von einem bösen Gewissen, einer Gefährde, ausgehe, daher dem, den ein *solcher* Eyd angetragen

das Recht eines Dritten ſich nicht vergleichen könne u. ſ. w., greift eines Theils gar nicht ein, und führt andern Theils *zu weit.* Die Eydesdelation *bezweckt nicht*, über das Recht eines *Dritten* ſich zu vergleichen, und hierdurch ſolchem einen Einbuſs zuzuführen, ſondern die zwiſchen den *ſtreitenden* Partheyen *obwaltende Streitfrage* ſoll durch ſelbige entſchieden, und auf dieſem Wege zwiſchen *dieſen* Intereſſenten das förmliche Recht ausgemittelt und hergeſtellt werden [121]. Letzteres

tragen wurde, will er des Gegners Beweisſatz nicht einräumen, zu der Abwendung der Folgen des Ungehorſams nichts weiter übrig bleibt, als entweder zu ſchwören, oder, vermöge einer Erlaubnis der teutſchen Proceſsgeſetze, ſein Gewiſſen mit Beweis zu vertreten. MARTIN, §. 215. u. d. f.

[120]) Beſonders die Sächſ. Proceſs-Ordnungen, welche aber ſelbſt von einer unrichtigen Erklärung der römiſchen Geſetze ausgehen.

[121]) Daſs *auch ſolche* Rechtsverhältniſſe, in Hinſicht auf welche ein Dritter intereſſirt ſeyn und in der Folge klagbar werden kann, unter den *jetzt ſtreitenden* Theilen durch den deferirten Eyd entſchieden werden können, ſetzen ja die Römiſchen Geſetze klar voraus. Z. B. L. 3. §. 3. L. 9. §. 7. L. 11. pr. et §. 3. L. 13. §. 1. Dig. de jurejurando. 12. 2.

res mag im Gefolge der Eydes-Delation, oder *durch andere Mittel* geschehen, welche den Richter von der juridischen Wahrheit oder Unwahrheit einer streitigen Thatsache überzeugen sollen, z. B. Zeugen, Urkunden u. s. w., so bleibt immer, *hier wie dort*, das Princip stehen, „dass das Resultat *dieses* Processes das Recht *eines Dritten* nicht verrücken kann [122].“ Es würde diesem nach folgen, dass *nie* ein Rechtsstreit über *die* Frage: „ob der Kläger das Recht eines Dritten, oder die Qualität, von welcher ein Recht abhängt, erworben habe?“ zugelassen werden dürfte, und dass mithin die Activ-Legitimation zur Sache *nie* ein Object des gerichtlichen Verfahrens wäre. Das fällt in das *Absurde*. Auch gestatten die Römischen Gesetze *ausdrücklich*, das Daseyn oder Nichtdaseyn eines *status durch Eydesdelation* auszumitteln [123]. Und was ist dieses anders, als die Activ- und Passiv-Legitimation zur Sache, d. h. zum Genuss der Zustands-Rechte, oder zu der Forderung an den Gegner, „die mit dessen Zustand verbunde-

[122]) L. 12. Dig. de jurejurando. 12. 2. M. s. d. G. §. d. not. 25. pag. 111.

[123]) L. 3. §. 2. L. 13. L. 30. §. 4. Dig. de jurejurando. 12. 2. L. 6. Cod. de rebus creditis. 4. 1.

bundenen Lasten zu tragen," durch den Schiedes-Eyd zu beweissen [124])? Selbst die Gefahr einer *doppelten Leistung* ist *juridisch* nicht vorhanden; denn ist von einer dinglichen, oder andern, nur gegen den Besitzer Platz greifenden, Klage die Rede, so ist ja der Beklagte, wird solchem das Object ohne seine Schuld von einem unbefugten Kläger *abgestritten*, gegen den Angriff eines *zweyten* Klägers *dadurch* gedeckt, dass er den Besitz *bona fide*, *jussu judicis*, aufgegeben hat [125]); und so wie bey dieser Art der Klagen dem Beklagten *frey stehet*, kennt und glaubt er seines Gegners Legitimation zur Sache nicht, den hierüber ihm angetragenen Eyd anzunehmen und durch dessen Ableistung *den Angriff zu vereiteln*, eben so vermag er dieses auch dann, wann er mit einer *persönlichen* Klage,

[124]) Auch kann der *Besitz* einer Sache und deren *Eigenthum* durch den Schiedeseyd bewiesen werden. L. 9. §. 7. L. 11. pr. et §. 3. Warum also *alsdann* nicht, wenn der Besitz oder das Eigenthum eines Objects *die Bedingung der legitimatio ad causam* ist? §. e. nr. 5. u. 6.

[125]) L. 167. §. 1. L. 169. pr. Dig. de regulis juris. 50. 2. L. 7. §. 4. Dig. de jurisdictione. L. 27. §. 1. L. 36. Dig. de rei vindicatione. 6. 1. L. 6. Dig. si usufructus petatur. 7. 6.

ge, sey es auf eine *Quantität* [126]), oder auf sonst ein Object, belangt wurde. *Will* aber der Beklagte, vielleicht weil die Kenntnis und Ueberzeugung von der Befugnis seines Gegners ihm beywohnt, oder weil er sonst eine Abneigung gegen die Ableistung eines Eydschwurs hat, diesen zurückgeben, je nun! so wird er entweder mit Recht verurtheilt, oder er muss seinen *willkührlichen* Entschluss, und dessen Folgen, als ein *sich selbst dargebrachtes Opfer* betrachten. Wenigstens ist jene Gefahr in Hinsicht auf *sämtliche* Beweismittel *allgemein*, ja noch grösser, wann die Activ - Legitimation nur durch Zeugen u. d. gl. bewiesen werden könnte; da das Resultat dieser Beweismittel von dem Beklagten nicht abhängig ist, und es doch wohl grössere Sicherheit giebt, Zeuge in eigener Sache seyn zu dürfen, als dem Gewissen und Product fremder Subjecte sich zu überlassen *). Jede menschliche Anstalt bleibt unvollkommen, und so auch das Institut der Rechtspflege, welches nur mit der möglichst schnellen und sichern Herstellung des *förmlichen* Rechtes unter

[126]) Es ist daher grundlos, in diesem Fall eine *Ausnahme* machen zu wollen.

*) Bey einer Cessions - Urkunde muss ja der beklagte Schuldner sogar die Hand eines *Dritten* entweder *anerkennen*, oder *eydlich verneinen*!

unter den *streitenden* Theilen sich beschäftigen soll, und es nicht vermag, *mathematische* Gewissheit auszumitteln, oder jede *Folge* eines Processes zu *verbürgen*. Dem Betrogenen u. dergl., sind besondere Rechtsmittel gegen den Betrüger, Empfänger u. s. w., gegeben [127]) — *mehr* kann die Gesetzgebung wohl nicht thun.

§. 11.

Allgemeine Folgen des Mangels der Legitimation zur Sache.

Wer wissentlich, dass er activ zur Sache nicht legitimirt sey, eine Klage erhebt, oder Einreden, Repliken, Dupliken u. s. w., auf eine erdichtete Qualität u. s. w. gründet, erhält den Nahmen eines Calumniators [128]), Chikaneurs, welcher zu dem Ersatz allen durch den unbefugten Rechtsstreit dem Gegner zugefügten Schadens, so wie zu der Erstattung aller Processkosten, verbunden ist, und

[127]) Z. B. L. 12. Cod. de rebus creditis et de jurejur. 4. 1. Thibaut, in dem System des Pandekten-Rechts. Thl. III. §. 1162.

[128]) Calumniosus est, qui sciens prudensque per fraudem negotium alicui comparat. Paulus, sent. recept. L. I. Tit. V. §. 1. L. 6. Cod. de administratione tutor. 5. 37. Cap. 5. X. de dolo et contumacia. 2. 14.

und über dieses mit einer öffentlichen Strafe belegt werden kann [129]). Fehlt der böse Vorsatz, so tritt der Fall blos unter die Principien von der Erstattung der Processkosten [130]). Demjenigen, der den Grund seiner Passiv-Legitimation zur Sache *wissentlich abläugnet*, drohen die Gesetze für einzelne Fälle besondere

129) Zwar ist hier nicht die Rede von dem falschen Ankläger in Criminal-Sachen, Tit. Cod. *de calumniatoribus*. 9. 46, auch nicht von denen, welche für Geld zur Erhebung eines widerrechtlichen Processes sich miethen lassen, und von der gegen diese, nach den Römischen Gesetzen, Statt findenden *actio calumniae*, Tit. Dig. *de calumniatoribus*. 3. 6.; allein die Pflicht zu der Kosten-Erstattung folgt aus den allgemeinen Principien, Abh. VI.; und, daſs der vorsätzliche Miſsbrauch eines Instituts des Staates zum Nachtheil des Mitbürgers u. s. w. eine öffentliche Ahndung verdiene, läſst sich wohl nicht bezweifeln.

130) In Rücksicht auf Schadens- und Kosten-Ersatz ist es gleichviel, ob man unter temeritas nur culpam latam, oder auch dolum, verstehen will; §. 1. in fine Inst. de poena temere litig. 4. 16. Abh. VI. Die *Calumnia* aber erfordert *wirklichen bösen Vorsatz*; und dieser, nicht *jene* culpa, ziehet eine *öffentliche* Strafe nach sich. L. 4. Cod. de fructibus et litium expensis. 51. 4.

dere Privat-Strafen [131]) — im Allgemeinen gehört er in die Classe der Calumniatoren. Daferne jemand es weiss, dass auf seiner Seite die Passiv-Legitimation zur Sache ermangelt, desungeachtet aber, unter der Verheimlichung jenes Umstandes, mit dem Gegner in den Rechtsstreit sich einläfst — liti se offert — so soll er, nach dem Römischen Recht, zur Strafe als der wahre Beklagte behandelt und zu der Zahlung des vollen Werths des von dem Kläger verfolgten Objects verurtheilt werden [132]). Dieses war die Folge der wenigstens bey den dinglichen Klagen von dem Beklagten vor der Litiscontestation zu leistenden Cautionen: judicatum solvi, rem defendi usque ad finem, et dolum malum abesse [133]). Obgleich nun diese Cautionen nach teutschen Procefsgesetzen sich von selbst, stillschweigend, verstehen, und so geradehin sich nicht behaupten lasst, die Römischen Privatstrafen seyen

[131]) Z. B. L. 80. Dig. de rei vindicat. 6. 1. Nov. 18. Cap. 10. L. 11. §. 3. Dig. de interrog. in jure fac. 11. 1.

[132]) L. 6. Dig. si usus fructus petatur. 7. 6. L. 13. §. 13. Dig. de heredit petitione. 5. 3. L. 11. §. 1. Dig. de interrog. in jure faciendis. 11. 1. L. 27. 11. Dig. de rei vindicatione 6. 1.

[133]) L. 39. Dig. de dolo malo. 4. 3.

seyen in Teutschland nicht recepirt, so lehrt man doch gewöhnlich: der *liti se offerens* sey nur zum Ersatz aller aus dem vergeblichen Process hervorgehenden Schäden und der durch selbigen veranlaßsten Unkosten verpflichtet [134]).

War der Kläger davon unterrichtet, daſs des Beklagten Passiv-Legitimation ermangele, so compensirt sich der gegenseitige dolus in Hinsicht auf Privat-Entschädigung und Kosten-Ersatz [135]).

Uebrigens ist das Princip: „der Richter müsse in allen Procesarten das Daseyn der Legitimationen zur Sache, als einen absolut und allgemein wesentlichen Bestandtheil des Processes, in jeder Lage des Rechtsstreits von Amtswegen prüfen" [136]), dahin zu verstehen: daſs derselbe, sobald eine Klage angestellt worden,

134) Thibaut, in dem System des Pandekten-Rechts. Thl. III. §. 1058.

135) L. 45. Dig. de hereditatis petitione. 5. 3. L. 25 et 26. Dig. de rei vind. 6. 1. Die *Compensation* folgt aus dem Princip: dolus cum dolo, culpa cum culpa compensatur.

136) Martin, §. 35. not. b. und c. Danz, in den Grundsätzen des ord. Processes §. 125. not. d). Grolman, a. a. O. §. 123.

den, oder eine vorgebrachte Einrede in Betracht zu ziehen ist, jene und diese auch mit *dem* Blick prüfen muss: „ob auch derselben Geschichts-Erzählung, insoferne von einem ursprünglich nicht dem Kläger oder Beklagten zuständig gewesenen Recht die Rede, oder dieses mit einer besondern Qualität oder Thatsache bedingt ist, oder insoweit eine auf den Beklagten fortgepflanzte, oder mit einer Qualität u. s. w. desselben bedingte, Verbindlichkeit das Object der Klage seyn soll, *diejenigen facta* wirklich, klar und vollständig, in sich enthält, welche die Gesetze dortzu, nach der Natur der vorliegenden Klage oder Einrede, erfordern [237])?" Entdeckt der Richter

[237]) Im Fall die thatsächlichen Bedingungen der Legitimation zu der Hauptsache in den Acten, an der gehörigen Stelle, von dem einen Theil vorgetragen worden sind, und von desselben Gegner, sey es auch aus einem vermeidbaren Irrthum, *eingeräumt* werden, so liegt es ausser der Befugnis und Pflicht des Richters, von Amtswegen zu untersuchen: ob jenes, von der Willkühr des Interessenten ausgehendes, Zugeständnis der *factischen Wahrheit wirklich entspreche.* Denn nach dem Geiste der Verhandlungs-Maxime muss der Richter *in dieser Sache* für juridisch wahr halten, was die über ihre Privatrechte frey disponirenden Partheyen, in Hinsicht der thatsächlichen Streitpunkte, sich gegenseitig zuge-

ter einen wesentlichen Mangel, so verwirft er die Klage sofort, die Einrede aber wenigstens dann, wann über solche zu erkennen ist. §. i. u. k. Eben so in Ansehung der Repliken und Dupliken [138]). *Das* aber, dass nur der Beweis der gehörig vorgebrachten factischen Grundlagen jener Legitimationen noch zur Zeit ermangelt, befugt den Ric ter keineswegs zu der sofortigen Zurückwerfung der Klage [139]), oder zu der Nichtbeachtung der Einrede, son-

gestehen. Daher ist auch die auf solche Verhandlungen gebaute richterliche Sentenz, jenes Irrthums ungeachtet, *der Rechtskraft fähig*, und wird *Gesetz für die streitenden Theile* L. 36. Dig. *familiae ercicundae.* 10. 3. Selbst das Gesuch um Restitution wird dagegen nicht gehört. L. 7. Cod. *de juris et facti ignorantia.* 1. 18. *Dieses* wohl haben einige missverstandene Rechtsgelehrte sagen wollen. COTTA, Pr. Ludovici, l. c. §. 10. Resp. Erford. nr. 89.

138) Die *blos eventuell* vorgebrachten Vertheidigungs-Mittel läst man, der Regel nach, bis dahin auf ihrem Werth oder Unwerth beruhen, wo des Richters Entscheidung *von ihnen* ausgehen, wenigstens über ihre Zulässigkeit erkennen muss. L. 9. Cod. de exceptionibus. 8. 36. L. 9. Cod. de obligationibus. 4. 10.

139) Es wäre denn, dass die *besondere Processart* einen *schleunigen*, mit dem factischen Vorbringen selbst zu vereinigenden, Beweis erfordert hätte. MARTIN, §. 239.

ſondern *nur dazu*, den Beweis, oder die Beſcheinigung, jener Thatſachen aufzulegen [140]), und, werden neben dem Legitimationspunkt auch andere Streitfragen verhandelt, ſeine Prüfung immer zunächſt auf jenen zu fixiren, um, wirft ſich die Nichtlegitimation zur Sache heraus, die Hauptſache von dem Geſichtspunkt aus zu betrachten, daſs ſelbige, weil das Präjudicielle nicht exiſtent geworden iſt, ſich von ſelbſt auflöſst [141]).

Wäre im Anfang des Proceſſes jener Mangel überſehen worden, ſo iſt das bisher Verhandelte von Richter-Amts wegen für abſolut *nichtig* zu erklären; es wäre denn die factiſche Grundlage der Sachlegitimation in den Acten von der jener bedürfenden Parthey vor-

[140]) Ob auf *Beweis*, d. h. feierlichen, oder nur auf *Beſcheinigung*, zu erkennen ſey, läſst ſich *im Allgemeinen* nicht beſtimmen. Zunächſt entſcheidet die Proceſs-Art der Hauptſache, und nebenbey die Natur des in concreto vorliegenden Legitimations-Punktes. Iſt ſolcher *nicht incidirend*, ſondern in der Klage oder Einrede enthalten, ſo muſs, der Regel nach, auf *Beweis* erkannt werden, falls nicht die Hauptſache ſelbſt ſummariſch verhandelt wird. Abh. IV. §. 3. p. 98. Abh. V. §. k not. 81. pag. 150.

[141]) Abhandl. IV. §. i. pag. 89.

vorgetragen und *nur die Auflage des Beweisses* versäumt worden. In diesem Fall stehet, dafern kein Zugeständnis irgend einer Art vorliegt, nichts entgegen, annoch auf derselben präjudiciellen Beweis, oder Bescheinigung, zu erkennen, und hierdurch den Process aufrecht zu erhalten.

Aendern sich im Laufe des gerichtlichen Verfahrens die streitenden Theile, der Kläger, oder der Beklagte, oder beyde, so muss auch hier der Richter seinen Blick vor allem auf derselben Befugnis zur Aufnahme und Fortsetzung dieses Rechtsstreites richten, und deren Beweis, oder Bescheinigung, als präjudiciell, ihnen zur Pflicht machen.

So kann es, auf jene oder diese Weise, sich ereignen, dass in *jedem* Abschnitt des Processes der Sach-Legitimationspunkt zur Sprache kommt; und, vermöge desselben Zweckes, „einen vergeblichen Rechtsstreit über das Recht oder die Verbindlichkeit eines Dritten richterlich zu verhüten," tritt es als Folge hervor, dass wenigstens so oft, als der Richter ein Interlocut ertheilt, noch mehr aber bey dem Entwurf der Definitiv-Sentenz, oder eines Erkenntnisses in der Revisions-Leuterungs- oder Appellations-Instanz, derselbe

ſelbe ſich ſelbſt die Pflichtfrage aufwerfen muſs: „ſind beyde Theile, nach dem Inhalte ihres eigenen Vorbringens, *ad cauſam legitimirt*?“

Uebrigens ergiebt ſich von ſelbſt, daſs die Legitimation zu der Rechtsverfolgung überhaupt, §. a., ingleichen die zur Sac e, §. d., die ſtreitenden Theile ſelbſt, *deren eigene Perſonen* [142]), betrifft, dahingegen die Rechtfertigung zu dem Proceſs, §. b., und zu der Praxis, §. c., auf die *Neben-Perſonen* [143]) ſich beziehet.

[142]) Die *ſtreitenden Haupt-Perſonen.* MARTIN, §. 32—37.

[143]) MARTIN, §. 66. u. d. f.

VI.

VI.

Zu §. 37.

Proceſs - Koſten [1]),

deren Erſtattung, *Compenſation* u. ſ. w. [2]).

§. 8.

Die Staatsanſtalt der Gerichte erfordert einen *beſondern Aufwand* zu derſelben *Erhaltung.* Soll

[1]) Man nennt dieſe häufig: *Unkoſten*, *expenſae*, um ſie von anderm Koſtenaufwand, *impenſis*, zu unterſcheiden. MENCKEN, in tract. ſyn. proceſſus. Tit. XXXV. §. 1.

[2]) Ein neues Leben in dieſen Theil der Proceſslehre brachten: A. D. WEBER, über die Proceſskoſten, deren Vergütung und Compenſation. Schwerin, Wismar und Bützow, 1788. Dagegen, HENNEMANN, Beytrag zu der Rechtstheorie von Erſtattung der Proceſskoſten. Schwerin 1789. J. F. G. EMMRICH, commentatio de litium expenſis quoad cauſas civiles. Gött. 1790., welche Abhandlung dieſer Rechtsgelehrte näher aus-

Soll ſich der Richter den Juſtizgeſchäften ausſchlieſslich, wenigſtens hauptſächlich, widmen, mithin auf andern Erwerb inſoweit Verzicht leiſten, ſo muſs ihn der Staat dafür entſchädigen, und ihm die Lebenserforderniſſe ſichern. Eben dieſes iſt der Fall in Hinſicht auf die Neben- und Unter-Gehülfen des Richters — den Actuar, Gerichtsdiener, u. ſ. w. [3]). Auch bedarf der Zweck des Inſtituts noch manches koſtſpielige *Mittel* — ein Gerichtslocal u. dergl. Es lieſse ſich denken, daſs dieſe Staatsausgaben durch eine *allgemeine*, jeden Unterthan, er bediene ſich der Staatshülfe auf dem Wege des Civilproceſſes oder nicht, oft oder ſelten, regulirt treffende, nach ſeinem

ausführte in der teutſchen Schrift: Ueber die Proceſskoſten, deren Erſtattung und Compenſation. Göttingen 1791. Ein zweyter Theil dieſes Werks, Göttingen 1792, handelt von den *peinlichen* Koſten Dann J. von Schmidt genannt Phiseldeck, Beytrag zu der Lehre von den Proceſskoſten. Helmſtädt 1793. Webers Abhandlung erlebte ſchon die 5te Auflage, welche, mit Zuſätzen, inſonderheit mit der Beantwortung der Gründe ſeiner Gegner, vermehrt, zu Hannover 1811. erſchiene. Endlich J. H. Borst, über die Erſtattung der Proceſskoſten. Nürnberg 1812.

3) Martin, §. 69.

nem Vermögen bestimmte, Auflage bestritten würden, oder daſs die einzelnen Gerichte zu jenem Behuf besonders *dotirt* wären [4]); allein die Verfassung der teutschen Länder und Gerichte [5]) bildete sich dahin aus, daſs jeder streitende Theil des Gerichtes Bemühungen in dem Laufe des *ihn betreffenden* Processes bezahlen muſs, damit hiervon das Institut und sein Personal erhalten und belohnt werde [6]). Auf diese

[4]) Zum Theil ist dieses bisweilen der Fall; insoferne nemlich der *Niesbrauch bestimmter Grundstücke* mit dem *Sold* einer Gerichtsperson verbunden ist, oder dieselbe eine fixe Besoldung *anders woher*, als aus der *Sportel-Casse*, beziehet.

[5]) *Cam. Ger. Ord.* v. J. 1555. Thl. I. Tit. 33. Auch das Römische Recht kennt die Gerichtssporteln. Nov. 82. Cap. 7. pr. et Cap. 9. Das Canonische erlaubt dem Delegaten *soviel*, „nur den baaren Verlag, z. B. nothwendige Reisekosten, von den Partheyen zu fordern, und nichts anders, nisi forsan *esculentum*, vel *poculentum*, mera libertate oblatum, quod *paucis consumi possit diebus*, von jenen anzunehmen.“ Cap. 11. §. 4. in 6to de rescriptis. 1. 3.

[6]) Dieses ist *gerecht*, weil der Rechtsstreit *Privat*-Rechte der Partheyen betrifft — *weise*, weil eine unentgeldliche Justizpflege die Gerichtshöfe mit streitlustigen Menschen anfüllen und den Rich-

dieſe Weiſe entſtehen die *gerichtlichen Koſten*, *Gerichtsgebühren*, *Sporteln*, *Legegelder*, welche jeder ſtreitende Theil während des Rechtsſtreites für die Thätigkeit des Richters und ſeiner Gerichtsgehülfen entrichten [7]), *verlegen*, *abſtatten*, muſs.

Oft

Richter nöthigen würde, über jede geringfügige Sache einen Rechtsſpruch zu ertheilen. Ein frommer Wunſch dürfte es aber bleiben, daſs die Gerichts-*Gebühren* nur nach dem *Gerichts*-Bedarf abgemeſſen, nicht aber als Quelle der *Einkünfte* des Landes- oder Gerichts-Herrn angeſehen werden möchten. Warum ſoll gerade *derjenige* Unterthan, welchen das ohnehin nicht glückliche Loos einer gerichtlichen Rechtsverfolgung trifft, nicht blos die *nothwendige* Belohnung des Richters u. ſ. w. übernehmen, ſondern nebenbey und über dieſes die *allgemeinen* Landeslaſten auf Koſten ſeines Privatvermögens erleichtern helfen? Dieſe gebühren *dem Ganzen* — jedem Unterthan nach den Kräften ſeines Vermögens — keinesweges aber einer einzelnen, ohnehin beläſtigten, Claſſe. Anders wäre es, wenn der temere litigans mit einer Geldſtrafe zu jenem Behuf gezüchtiget würde! Auch iſt hier nicht die Rede von den Gegenſtänden der *nichtſtreitigen* Gerichtsbarkeit und andern ſogenannten Gerichtsgefällen.

7) Z. B. für die Ladungen, und andere proceſsleitende Decrete, Protocolle, Zeugenverhöre,

Be-

Oft aber bedarf auch das zum Rechtsstreit sich rüstende, oder in diesem befangene Subject des Beystandes eines der Rechte kundigen, oder andern beyhülflichen Mannes – eines Advocaten, Procurators, Vormundes u. s. w., deren Belohnung eben sowohl baaren Aufwand erheischt, als andere *Mittel* zur Einleitung, Führung und Beendigung, des Processes, ohne dass man diese Ausgaben unter den Begriff der *Gerichts*-Gebühren stellen könnte. Man nennt daher selbige: *aussergerichtliche* [8]) *d. h. nicht an das Gericht zu zahlende, Process-Kosten.*

§. b.

Bescheide u. s. w. Weber, a. a. O. §. 1. pag. 3. Emmrich, a. a. O. §. 2. pag. 6. u. d. f. Mencken, l. c. Tit. XXXVI §. 2. Auch die Abschriftsgebühren, insoweit *das Gericht selbst* die Copien besorgt, sind dahin zu rechnen.

[8]) Dahin gehören hauptsächlich, die Advocaten- und Anwalts-Deserviten, (Martin, §. 72. u. 73), deren und des Principals, auch der Zeugen, Reise- und Zehrungs-Aufwand, weniger nicht der letztern Entschädigung für den Zeitverlust, für Geldverlag, für Stempelpapier, wo dieses eingeführt ist, aussergerichtl. Abschriften, Notariatsgebühren, Bothenlohn, Briefporto u. dergl. Weber, a. a. O. §. 1. pag. 3. Emmrich, a. a. O. §. 2. pag. 7. Mencken, l. c. Tit. XXXVI. §. 7.

§. b.

Sowohl die *gerichtlichen* als die *ausser-gerichtlichen* Processkosten lassen sich in *nothwendige* [9]) und *willkührliche* eintheilen; jenachdem der Zweck des gerichtlichen Verfahrens und der rechtliche Betrieb der Streitsache den Aufwand *wirklich* [10]) *erfordert* [11]), oder dieser nebenbey, ohne Zwangspflicht, aus Freygebigkeit, oder um sein Recht auch mit Anstrengung *ausserordentlicher* Mittel zu ver-

[9]) Expensae *necessariae*, Cap. 3. in fine X. de eo qui mittitur in possessionem. 2. 15., auch *legitimae* et *moderatae*. Cap. 6. in fine X. de dolo et contumacia. 2. 14.

[10]) D. h. nach der *jetzigen Lage* des Processes als nothwendiges Mittel zum Zweck erscheint. Am *Ende* des Rechtsstreits kann sich freilich ergeben, dass die *Absicht* verfehlt wurde, z. B. der Zeuge weiss *nicht*, was er bekunden sollte. Dieser *Ausgang* bestimmt jedoch den Begriff der Nothwendigkeit keinesweges.

[11]) Quae *consueto modo* circa lites expenduntur. L. 13. §. 2. Cod. de judiciis. 3. 1. Es gehören dahin die gesetzmäßigen Gerichtsgebühren, Advocaten- und Anwalts-Deserviten, nöthiger Aufwand für die Zeugen, Stempelpapier u. dergl. Weber, a. a. O. §. 1. pag. 3. Emmrich, a. a. O. §. 2. pag. 7. u. d. f. Mencken, l. c. Tit. XXXVI. §. 8.

verfolgen, von einem ſtreitenden Theile unternommen wird [12]).

§. c.

Auch von einer beſondern *Proceſsart* [13]) können die Unkoſten einen Beynahmen erhalten. Doch findet *inſoferne*, ſiehet man hin auf die Verbindlichkeit, dieſelben zu entrich-

[12]) Man nennt ſolche auch: „expenſae *delicatae*,“ L. 25. in fine Dig. *de actione pignoratitia.* 13. 7., und rechnet dahin, Belohnungen der Rechtsbeyſtände *über* die Taxgebühr, Aufwand für inſtruirende Reſponſa öffentlicher Spruchcollegien, oder anderer Rechtsgelehrten, Actenverſendungs-Koſten und Urthels-Gebühren, inſoferne das willkührliche Geſuch einer Parthey den auswärtigen Rechtsſpruch veranlaſst (Martin, §. 61. und 288.), die Reiſekoſten und Meilengebühren ſolcher entfernt wohnenden Advocaten, welche ein ſtreitender Theil aus einem beſondern Zutrauen perſönlich in *das* Gericht bringt oder ſendet, in deſſen Bezirk öffentlich recipirte Rechtsbeyſtände ſich befinden u. dergl. Oelze, in der Anleit. zur gerichtl. Praxis §. 285. Weber, a. a. O. pag. 4. Emmrich, a. a. O. pag. 8. Schaumburg, in princ. prax. jud. lib. I. Sect. I. Mbr. IV. Cap. III. §. 13. et not. ***.

[13]) Z. B. Provocations-Koſten.

richten, oder zu erſtatten, wohl ſchwerlich eine Verſchiedenheit [14]) auſser derjenigen Statt, welche im Verhältnis der Koſten des *Concurs*-Proceſſes zu den Koſten der übrigen Arten des Civil-Proceſſes ſich darſtellt. Letztere werden ſämmtliche hierunter von gleichmäſigen Principien beherrſcht, die aber in dem Gantverfahren ſich nicht anwenden laſſen, ſo lange der Ueberſchuldete nicht wieder zahlfähig wurde [15]). Vielfacher iſt die Benen-

[14]) Auf die *Gröſse* des Aufwandes kann die Proceſsart Einfluſs haben. In geringfügigen ſummariſchen Sachen ſind in manchen Ländern, oder Gerichten, die Sporteln *geringer*, als in dem feierlichen Proceſs; — es iſt wohl, nach Special-Geſetzen, auch unterſagt, eines Advocaten ſich zu bedienen, oder man kann wenigſtens keine Erſtattung des dieſem gezahlten Honorars fordern, ſo daſs der im Allgemeinen nothwendige Aufwand in Rückſicht auf die vorliegende *Proceſsart* nur als willkührlich beurtheilt wird. Auch das Römiſche Recht enthält ähnliche Vorſchriften. Nov. 17. Cap. III. Auth. ad leg. 3. Cod. de ſent. et peric. recit. 7. 44.

[15]) Die Concurskoſten haben auch ihre *beſondern* Eintheilungen. V. Nettelblatt, in diſſ. de ſumtibus concurſus creditorum. Halae 1754. Dabelow, in der Entwickelung der Lehre von dem Concurs der Gläubiger. Halle 1801. Cap. XXIV. pag. 649. u. d. f. Auf noch weit mehr ver-

Benennung und Eintheilung des Aufwandes in einem anhängigen Rechtsstreit, nach dessen verschiedenen Theilen und Abschnitten; denn in Rücksicht hierauf erhalten sie oft eine *specielle Nebenbezeichnung*, hergenommen von dem *besondern Act*, von der einzelnen Instanz, auf welchen sie verwendet wurden, in welcher sie auflieſen. Insoferne giebt es Unkosten der *ersten Instanz* [16]) insonderheit des ersten, des Productions- des Beweis- und Haupt-Verfahrens; u. dergl., ferner, der *anderweiten* Instanz, auch *Instanz schlechthin*, d. h. der Appellations- der Revisions- der

verschiedenen Ansichten und Principien beruhet die Lehre von den Unkosten in dem inquisitorischen Criminal-Process; dahingegen der accusatorische Process dem Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in Ansehung der Unkosten, zwar näher tritt, jedoch ebenfalls abweichende Entscheidungs-Normen feststellt. *Const. Crim. Carol.* art. 12. 13. 61. 139. 157. 166. 176. 201. 204. 219. Tittmann, in dem Handbuch der Strafrechts-Wissenschaft. Thl. IV. §. 890 u. d. dort. Litterat. Emmrich, über die Processkosten u. s. w. Thl. II. §. 1. u. d. f.

16) Martin §. 41. Bisweilen werden die Kosten der *ersten* Instanz *vorzugsweise* die *Processkosten* genannt. Oelze in der Anleitung zu der gerichtl. Praxis. §. 285. nr. 2.

der Leuterungs- der Supplications-Instanz, und endlich der Executions-Instanz u. s. w. [17]). Einen noch engern Begriff haben die *Termins-Kosten*, d. h. welche durch das einer Parthey oder deren Sachwalter obliegende persönliche Erscheinen vor Gericht [18]) und die hierdurch bezweckte Verhandlung veranlaßt werden [19]). Auch diese Abschnitte und speciellen Benennungen haben jedoch im Allgemeinen keinen Einfluß auf die Verbindlichkeit zu der Vergütung der in ihnen und auf sie verwendeten Unkosten, obgleich die Veranlassung und das Resultat eines einzelnen Proceßacts dem allgemeinen Verbindlichkeits-Grund noch einen zweyten hinzufügen und einen besondern Nahmen hervorbringen kann.

§. d.

Daferne nemlich eine Parthey

1) eine ihr *obliegende*, zu einer bestimmten

[17]) Martin, §. 41. 56. 129. 224. 250. 263.

[18]) Martin, §. 116. Oelze, in der Anl. z. ger. Praxis. §. 83.

[19]) Winckler, Pr. Bastineller, in diss. de expensis termini. Vit. 1717. Es gehören aber hierzu auch die Ladungs-Gebühren, so wie die auf die Tagfahrt sich beziehenden, mündlichen oder schriftlichen, Verhandlungen, mit Inbegriff des darauf erfolgenden richterlichen Decretes.

ten Zeit zuvollziehende, Handlung in dem Proceſs ſchuldlich unterläſst, durch die Rüge und Folgen dieſes *Ungehorſams* [20]) aber beſondere Unkoſten erwachſen und dem Gegner veranlaſst werden [21]), ſo erhalten dieſelben den Beynahmen: *Contumacial-Koſten* — expenſae *contumaciae* [22]).

Und inſoferne ein ſtreitender Theil

2) auf eine andere, poſitiv - thätige, Weiſe *vergebliche* Auftritte und Verhandlungen in dem Laufe des Rechtsſtreites verurſacht, deſſen Fortgang grundlos aufhält, verſchleift [23]), inſonderheit durch den Gebrauch nicht haltbar begründeter Rechtsmittel gegen richterliche Entſcheidungen [24]), erhalten die *Koſten des verzöger-*

20) Martin, §. 117.

21) L. 15. Cod. de judiciis. 3. 1. Cap. 6. in fine X. de dolo et contumcaia. 2. 14.

22) *Camm. Ger. Ordn.* v. J. 1555. Thl. III. Tit. 41. u. d. f. Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. I. Sect. I. Mbr. II. Cap. I. §. 3. not. ***. Gönner, in dem Handb. Thl. I. Abh. XXI. §. 21.

23) Cap. 5. de dolo et contumacia. 2. 14. L. 4. Cod. de fruct. et litium expenſis. 7. 51.

24) Die *hierdurch* entſtehenden Koſten nennt man im

zögerten Streites — expensae *litis retardatae* [25]) — ihr Daseyn.

Insoferne man aber

3) *überhaupt* darauf hinsiehet, dass eine in der Hauptsache durch die Definitiv-Sentenz verurtheilte Parthey für verbindlich erkannt wird, dem Gegner die Unkosten zu erstatten, nennt man solche: expensas *victoriae* [26]), oder *totius* causae [27]),

 wider-

im *speciellen* Sinne: Unkosten *des verzögerten Processes*, OELZE, in der Anleitung zu der gerichtlichen Praxis. §. 319.

[25]) H. TEMMEN, in tr. de litium expensis. Cap. VIII. Sect. III.

[26]) L. 18. §. 6. Cod. de judiciis. 3. 1. TEMMEN, l. c. Cap. VIII. Sect. IV.

[27]) Aus diesem Nahmen folgt jedoch nicht, dass der *Sieger in der Hauptsache sämtliche* auf den Process verwendete Unkosten erstattet erhalte. In einzelnen Abschnitten kann *er auch* zu der Vergütung der *hierinnen* von ihm, z. B. durch Ungehorsam, Verzögerung u. s. w., veranlassten Kosten verurtheilt worden und insoferne *selbst* zur Erstattung an den Gegner verbunden seyn. Daher wird z. B. in der Definitiv-Sentenz bisweilen erkannt: „Es ist auch der Beklagte sämtliche auf diesen Rechtsstreit verwendete gerichtliche und aussergerichtliche Unkosten, *insoweit nicht hierüber bereits rechtkräftig erkannt*

widerrechtlich verurſachte Koſten *ſchlechthin* — Koſten der *ganzen* Sache, oder des *verlohrnen* Rechtsſtreits [28]).

§. e.

Da, ſo lange ein Rechtsſtreit, oder ein einzelner Streitpunkt in deſſelben Laufe, noch nicht entſchieden iſt, ſich auch mit juridiſcher Gewiſsheit noch nicht überſehen läſst, welcher der ſtreitenden Theile als temerarius litigator zu betrachten und mithin in die Unkoſten zu verurtheilen ſey, — da es ſogar als möglich vorliegt, daſs derſelben Compenſation erkannt werde [29]), — da es in mancherley Hinſicht ſchädlich ſeyn würde, den Partheyen von Seiten des Gerichts ſo lange zu crediti-ren, bis der Koſtenpunkt rechtskräftig entſchie-

erkannt wurde, dem Kläger zu erſtatten pflichtig." Schaumburg, l. c. pag. 327. §. 13. not. **** et *****.

28) Weber, a. a. O. §. 1. pag. 5. lit. c. u. not. 6. Emmrich, a. a. O. §. 2. pag. 10. lit. c. u. not. g. Schaumburg, l. c. pag. 325. §. 13.

29) d. h. jedem falle *das* zur Laſt. was *er* auf den Proceſs verwendet habe, betrage nun dieſes *mehr*, oder *weniger*, als der Aufwand ſeines Gegners. §. q.

ſchieden iſt: ſo muſs jeder ſtreitende Theil, der Beklagte ſowohl als der Kläger, *bis dorthin die* Koſten ausſchlieſslich beſtreiten [30]), welche er *durch ſeine Anträge* als deren *unmittelbare Folge* veranlaſst [31]); dahingegen in *den* Fällen, wo beyde ſtreitende Theile auf die nemliche Verfügung antragen, oder der von keiner Parthey aufgeforderte Richter eine zu der nähern Entwickelung des Rechtsſtreits dienliche Handlung vermöge des Rechts und der Pflicht ſeines Amts verfügt, z. B. eine Beaugenſcheinigung des ſtreitigen Objects [32]), jede Parthey die Unkoſten pro rata herſchieſsen und erwarten muſs, was eine künftige Sentenz dieſes Koſtenpunktes wegen erkennen wird.

[30]) Daher die Regel: omnia fiunt ſumtibus petentis. Temmen, l. c. Sect. III. Cap. IV. Auch ſagt man in Rückſicht auf dieſe Zahlungen: der Impetrant — Extrahent — *verlege* die Unkoſten — übernehme „den *Koſtenverlag*;" inſoferne nemlich dem Zahlenden die *Hoffnung* bleibt, die gezahlte Summe *als Sieger* von ſeinem Gegner *erſtattet* zu erhalten.

[31]) Weber, a. a. O. §. 2. dort. Litt. not. 1. Emmrich, a. a. O. §. 3. So muſs z. B. der Kläger die Gerichts- und Inſinuations-Gebühren entrichten, welche die von ihm ausgewirkte Ladung an den Beklagten veranlaſst u. ſ. w.

[32]) Martin, §. 124.

wird [33]). So bleibt das Erkenntnis über die *nothwendigen* Kosten der ganzen Sache, insoweit in dem Laufe des Processes über einen Theil derselben nicht abzusprechen war, (§. d.), bis zu der ersten *endlichen* Entscheidung der Hauptsache *ausgesetzt* [34]).

§. f.

[33]) Temmen, l. c. Sect. III. Cap. IV. nr. 17. 28. u. a. O. Besonders schreiben es die Sächs. Gesetze bestimmt vor. Schweitzer in dem Lehrbuch des Sächs. Proc. §. 37. Der Begriff des *Verlags* der Unkosten und der Hoffnung, dieselben erstattet zu erhalten, beziehet sich nur auf die *nothwendigen* Proceſskosten §. d.; daher z. B. der Aufwand für ein, *nur von der einen Parthey* verlangtes, auswärtiges Erkenntnis — Urthel — wenn der Richter nicht zwangspflichtig war, die Acten ex officio zu versenden, *selbst auf den Fall des Sieges jenes Impetranten* diesem *nicht* erstattet wird. Musaeus in den Beyträgen zum teutschen Rechte. Abh. II. §. 1.

[34]) Martin, diss. de juste suspendendo judicio de expensis etc. Goett. 1796. Oft wird daher den Interlocuten die Schluſsclausel angefügt: „*worauf alsdann, sowohl in der Hauptsache, als wegen der Unkosten, ferner ergehet, was den Rechten nach sich gebührt.*" Bey blos *provisorischen* Verfügungen des Richters, setzt dieser die Unkosten auch wohl *stillschweigend* aus, so daſs hierbey aus dem Nichterkenntnis - Still-schwei-

§. f.

Armenrecht.

Von jener allgemeinen Verbindlichkeit, die Proceſskoſten *ſofort* zu bezahlen — zu verlegen — kann jedoch *Armuth* befreyen [35]; indem es hart ſeyn und den Staat entehren würde, nur demjenigen ſeine Hülfe zu ertheilen, welcher dieſe zu bezahlen vermag.

Jenes Vorrecht des Armen hat die Natur eines beneficii competentiae [36]; denn *arm* nennt man *in Hinſicht auf die Proceſsführung* diejenige Parthey, ſey es der Kläger oder der Beklagte, welche kein hinreichendes Vermögen, bewegliches oder unbewegliches, beſitzt, auch weder durch ſeine Kenntniſſe und Geſchick-

ſchweigen — über den Koſtenpunkt eine Compenſation ſich nicht folgern läſst. Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. II. Cap. IV. §. 10. et not. ***. Leyser, in Medit. ad Pand. ſpec. 499. med. 10. ſeq. Struben, in den rechtl. Bedenken. Thl. I. Bed. 10.

35) Nov. 17. Cap. 3. Cap. 11. §. 4. in 6to de reſcriptis. 1. 3. *Cammer-Ger. Ordn.* Thl. I. Tit. XIX. §. 5. u. Tit. XLI. §. 1.

36) Thibaut, in dem Syſtem des Pandecten-Rechts. Thl. I. §. 186.

ſchicklichkeit, noch durch ſeine Körperkräfte, ſoviel zu erwerben vermag, daſs ſie, jene Parthey, im Stande ſich befände, *nach Abzug* des *nothwendigen* Lebensbedarfs ihrer ſelbſt, und *ihrer Alenden*, die Koſten des Rechtsſtreites zu beſtreiten [37]). Es iſt daher möglich, daſs jemand Vermögen, ſelbſt unbe-

[37]) Dieſer Begriff folgt aus dem in der *Cam. Ger. Ord.* v. J. 1555. Thl. I. Tit. 78. vorgeſchriebenen *Armen-Eyd*, mit welchem man *die* eydliche Beſtärkung der *Vermögens-Gröſse* nicht verwechſeln darf, welche in dem R. A. v. 1654. §. 114. blos als Bedingung der Zuläſſigkeit einer ſolchen Appellation vorgeſchrieben iſt, deren Streitobject das geſetzliche Quantum nicht beträgt. Leyser, in Medit. ad Pand. ſpec. 85. med. 2. Auch kommt *Stand* und *Würde* deſſen, der zu dem Armenrecht ſeine Zuflucht nehmen will, in Betracht, da der Begriff der Armuth hier *blos relativ* aufgefaſst werden muſs. Schulze, in diſſ. de pauperibus in Camera litigantibus. Cap. I. §. 1. Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. XXIV. §. 1. Die Vorſchrift: *pauper eſt, qui minus quam* 50 *aureos habet*, L. 10. Dig. de accuſat. et inſcript. 48. 2. bleibt auſser Betracht. Doch enthalten Landesgeſetze etwas Aehnliches. Schweizer, a. a. O. §. 46. Davon abgeſehen wird die Sache überhaupt ein Gegenſtand des richteramtlichen Ermeſſens. Schaumburg, in princip. prax. jud. Lib. I. Sect. II. Cap. III. §. 5. n. *. et **.

bewegliches, als Eigenthum besitze, und dennoch den *Armen* beygezählt werden muſs [38]), ein anderer hingegen weder liegende, noch entbehrliche fahrende, Habe im Vermögen habe, und desungeachtet, weil die mögliche Anwendung seiner Geistes- oder Körper-Kräfte ihn zahlfähig macht, den Begriff eines *Armen* sich nicht beylegen, auf jenes beneficium competentiae also keinen Anspruch machen kann. Jedoch ist weder die Religion [39]), noch der Vorwurf einer *verschuldeten* Armuth [40]), noch der *Stand* [41]), ein Hindernis zu der gesetzlichen Erreichung jener Rechtswohlthat. Diese selbst führt den Nahmen des *Armenrechts*.

§. 9.

Das *Armenrecht* bestehet in Hinsicht auf die Proceſsführung darinnen [42]), daſs dem, der

[38]) Leyser, l. c. sp. 4. Schaumburg, l. c. §. 5. et not. *.

[39]) Auch der streitende Jude hat Anspruch auf das Armenrecht. Gönner, a. a. O. §. 1. Lit. not. e. M. s. jedoch Schulze, l. c. Cap. II. §. 3.

[40]) Z. B. durch Verschwendung, muthwillige Ueberschuldung u. s. w. Gönner, a. a. O.

[41]) Auch adliche Personen erhalten das Armen-Recht. Moser, Reichs-Hofraths-Proceſs. Thl. IV. nr. VII. Cap. VI. §. 7. u. d. f.

[42]) Manche geben den Armen, als in die Classe des

der es erwirbt, die Justiz *vor der Hand* unentgeldlich geleistet werden muss, mithin ihm weder Gerichtssporteln irgend einer Art, noch Advocaten- oder Anwalts-Gebühren, angefordert werden können [43]. Vielmehr ist demselben, *erfordert* es die *Beschaffenheit der vorliegenden Sache*, ein Rechtsbeystand, Advocat und resp. Procurator, von Richteramtswegen beyzugeben [44].

Eine

der *personarum miserabilium* gehörig, in Bezug auf L. un. Cod. *quando Imperator inter pupillos, viduas*, rel. 3. 14., auch einen, schon im Allgemeinen bezweifelten, privilegirten ausserordentlichen Gerichtsstand. Leyser, l. c spec.: 78. med. 1., und die generelle Ueberschrift jenes Gesetzes: *vel alias miserabiles personas* dürfte, der *dagegen* vorgebrachten Gründe ungeachtet, Müller, in Obs. ad Leys. Medit. T. I. obs 217., jene Ansicht vollkommen rechtfertigen, da der *Arme* obigen Begrifts gewiss eher als eine persona miserabilis angesehen werden kann, als die *reiche Wittbe*. Allein die Sonderbarkeit jenes sogenannten, auf keinen Fall Gunst verdienenden, Fori hat eine *enge* Usual-Interpretation und die Praxis veranlasst, dasselbe auf die Armen nicht auszudehnen. Gönner, a. a. O. §. 2. Das weitere Martin, §. 56. dort. Litterat.

[43]) Auch von der Ausgabe für Stempelpapier u. dergl. ist der Arme frey. Grolman, in der Theorie des gerichtl. Verfahrens. §. 58. b not. a.

[44]) Ist kein Armen-Advocat öffentlich angestellt,

so

Eine andere Frage aber ist: *woher* die *baaren* Auslagen zu bestreiten sind, welche der Fortgang des Processes, abgesehen von dem, was für die Thätigkeit *aller* [45]) Gerichtspersonen und als Honorar der Beystände zu zahlen wäre, nothwendig erfordert [46])? Manche [47]) halten das Gericht der streithängigen Sache, oder vielmehr den *Gerichtsherrn*, auch zu diesem *baaren Vorschuss* für verbindlich; und es läst dieses *insofern* allerdings sich vertheidigen, als der Gerichtsherr die Rechts-

so pflegt die Verbindlichkeit, des Armen Sache zu führen, unter den Landes- oder Gerichts-Advocaten zu wechseln, nach einem bisweilen regulirten Turnus, C. G. O. v. J. 1555. Thl. I. Tit. XIX. §. 5., und nur bewiesene *erhebliche* Gründe können die Ablehnung rechtfertigen. Gönner, a. a. O. §. 5. Jenes Reichsgesetz drohet Entziehung der Praxis, und man kann auch die L. 7. Cod. *de postulando*. 2. 6. auf dieses Verhältnis anwenden.

[45]) Auch der *Gerichtsdiener*.

[46]) Z. B. Sporteln an andere *fremde* requirirte Gerichte, Martin, §. 111., Reisekosten des Advocaten und der Zeugen, *deren* Zeit-Entschädigung, Belohnung zugezogener Sachverständigen für deren Gutachten, gefertigte Risse u. s. w.

[47]) Leyser, l. c. sp. 85. med. 5.

Rechtspflege als Quelle des Einkommens betrachtet, *in jener Eigenschaft* fiscalische Rechte geniesst, und also die Vorschrift für das peinliche Gericht [48]) analog sich anwenden läfst [49]). Die das Armenrecht berührenden und ordnenden Gesetze §. a. not. 1. bestimmen hierüber nichts, sind vielmehr den Worten nach *nur dahin* gerichtet: „dafs der Richter dem Armen unentgeldlich Justiz leisten, der Rechtsbeystand aber denselben ohne Honorar vertheidigen soll [50]). GÖNNER [51]) ist da-

[48]) Const. Crim. Carol. Art. 47.

[49]) Denn wer den Nutzertrag der Anstalt ziehet, mag auch ihren Aufwand tragen, und so compensiren; *cum sit natura consonum, illos non recusare onera, qui rerum commoda complectuntur.* Clem. 1. de censibus, exactionibus, rel. 3. 13. Cap. 55. in 6to de regulis juris. 5. 12.

[50]) a. a. O. Abh. XXIV. §. 3.

[51]) Der dem Reichs-Cammer-Gericht eigene Armensäckel, und was aus diesem den Armen und für diesen in bestimmten Fällen, z. B. den Gerichtsdienern, baar gezahlt wurde, *Cam. Ger. Ord.* v. J. 1555. Thl. I. art. 53. SCHULTZE, a. a. O. Cap. I. §. 6 u. 7., lag in der besondern Organisation jenes Gerichts, und begründet mithin keine Regel des gemeinen teutschen Processes. GÖNNER, a. a. O. Thl. I. Abh. II. §. 4.

daher der Meinung, die *Obrigkeit*, — das heiſst wohl *die Behörde*, welche für die Exiſtenz des Armen überhaupt zu ſorgen haben würde, — müſſe die zu dem Abtrag jener Ausgabe dienlichen Mittel ergreifen. Dieſes mag auch das letzte anwendbare Princip ſeyn, vorausgeſetzt, die Jurisdictions-Gerechtsſame wird nicht als Erwerbzweig beſeſſen und geübt. Doch iſt hierbey anzunehmen, daſs, ſo wie dem Richter, Advocaten und Anwalt, geſetzlich obliegt, Zeit und Arbeit dem Armen unentgeldlich zu ſpenden, eben dieſes auch in den allgemeinen Pflichten jedes *Staatsbürgers* ſich erfinden läſst, inſoweit nemlich deſſen Mithülfe zur Wirkſamkeit der Gerichte, und zu der Realiſirung deren, auf das öffentliche Wohl hingerichteten, allgemeinen Zwecks, mit einer *Minderung* deſſelben Privat-Vermögens nicht verbunden iſt, d. h. ihm kein *damnum emergens* durch das zugezogen wird, was er zum Behuf der Rechtspflege vollziehen ſoll, und ohne Gefahr ſeiner eigenen Lebensbedürfniſſe vollziehen *kann*. Der Zeuge, der Kunſtverſtändige u. ſ. w., muſs alſo wohl der armen Parthey das *creditiren*, was er für ſeinen Weg und das Verhör, für ſein Gutachten u. ſ. w., geſetzlich fordern könnte, und *nur der baare Verlag* dieſer und anderer Subjecte, benebſt den Ausgaben, welche *auswär-*

tige

tige Beyhülfe erheifcht, laffen fich als Gegenftand jener Frage [52]) anfehen.

§. h.

Welcher ftreitende Theil die Rechtswohlthat des Armenrechts benutzen will, mufs diefes zu den Acten, um deffelben Ertheilung den Richter bittend, ausdrücklich erklären [53]), und

[52]) Mehrere Sächf. Procefsordnungen haben diefe Frage entfchieden, und den Gerichten *auch den baaren Verlag* fehr umfänglich zur Pflicht gemacht, ja auch die Zeugen zum *Verlag* ihres Zehrungs-Aufwandes verpflichtet. SCHWEITZER, in dem Lehrb. des Sächf. Proc. §. 45. BIENER, in Syft. proc. jud. Lib. I. Cap. VI. §. 50.

[53]) Der Kläger vollziehet diefes bisweilen in einem *Anhange* oder *Nebengefuch* feiner Klage, bisweilen durch eine befondere Imploration, fchriftlich, oder zu Protocoll. Der Beklagte äufsert jenes Gefuch oft in der Exceptions-Schrift, oder auch auf jene in Rückficht auf den Kläger erwähnte Weife. Verfällt eine Parthey erft in dem Laufe des Proceffes in Armuth, fo kann fie auch jezt auf Ertheilung des Armenrechts antragen. Ueberhaupt kann deffen Gefuch, foviel die *zukünftigen Verhandlungen* des Proceffes betrifft, an eine beftimmte Stelle in deffen Gange nicht gebunden feyn. SCHAUMBURG. l. c. §. 4. in fine. Sollte fich eine Parthey

und zunächst seine Armuth *bescheinigen*. *Zweierley* erfordern hierzu die *teutschen* Processs-Gesetze, nemlich: daſs der angeblich Arme 1) „*seiner Armuth Urkund oder Anzeig bringe*,“ oder, wie an einen andern Ort gesagt wird, „*seiner Armuth und Vermögen ein Urkund von seiner Obrigkeit*, *oder andern glaubwürdigen Personen*, *bringe*, *oder aber zum wenigsten etlicher Masen Anzeig und Schein seiner Armuth darthue*,“ sodann aber 2) den gewöhnlichen *Eyd der Armuth leiste* [54]),

In Rücksicht ad 1) bedient sich der Imploprant gewöhnlich eines Attestats derjenigen Obrigkeit, unter welcher er seinen Wohnsitz hat, sey es ein Civilrichter, oder Stadtmagistrat u. s. w.; ja auch die Zeugnisse der Vorsteher

they im Gange des Processes *aus Armuth* an einer Handlung versäumen, so wird sie, nach derselben Bescheinigung, in den vor. Rst. wieder eingesetzt. BERGER, in Oec. jur. Lit. III. Tit. XV. not. 3. WERNHER, in sel. obs. for. P. I. Obs. 226. SCHAUMBURG, l. c. §. 2. not. *.

[54]) *Cam. Ger. Ord.* v. J. 1555. Thl. I. Art. XIX. §. 5. u. Art. XLI. §. 1. Von selbst verstehet sich, daſs dieser Eyd die Einrede der zu bestellenden Unkosten - Sicherheit ausschliesse. Auch ist derselbe von der *Cautio juratoria* verschieden. BIENER l. c. §. 49.

her ſeiner Dorfgemeinde ſind nach *jenem* Geſetz für hinreichend zu achten. Denn dieſes ſagt ausdrücklich: „von ſeiner Obrigkeit, *oder andern glaubwürdigen Perſonen* [55]), und erlaubt ſogar die Hinzeige auf andere Merkmale [56]) der Armuth.

Der unter 2) erwähnte Eyd hat eines Theils die Natur eines Erfüllungs-Eydes [57]), weil die äuſsere Seite der Vermögensverhältniſſe auch die Obrigkeit täuſchen kann, und andern

[55]) Iſt der Implorant ein Unterthan des Gerichts der ſtreithängigen Sache und deſſelben Armuth gerichtsnotoriſch, ſo kann ein richterliches Seitenzeugnis erbeten werden.

[56]) Auch Zeugen ſind alſo als Beſcheinigungs-Mittel nicht ausgeſchloſſen; und es dürfte auch die unbeſchworne Auskunft eines von den Verhältniſſen des Imploranten unterrichteten unbeſcholtenen glaubhaften Mannes, mit andern äuſsern ſchlüſſigen Erſcheinungen vereiniget, *zu der Begründung des Armen-Eydes* wohl hinreichen. Schaumburg, l. c. §. 6. not. *. Sächſ. Proceſs-Ordnungen laſſen eine Beſcheinigung durch Zeugen dann zu, wann der Arme gegen die Obrigkeit ſelbſt, die das Zeugnis ſeines Unvermögens ertheilen könnte, den Proceſs führen wolle. Schweitzer, a. a. O. §. 46.

[57]) Carpzov, in jurisprud. for. P. I. Conſt. 23. def. 14.

andern Theils bezweckt er die Verhinderung einer Gefährde, so wie das eydliche Versprechen der künftigen Nachzahlung auf den Fall der Möglichkeit [58]. Nach dem Reichsgesetz [59] soll der *Armen-Eyd* dahin verfaſst werden:

„daſs der Implorante also arm sey, und nicht an liegender oder fahrender Haab noch Schulden [60] vermöge, daſs er die Canzley um nothdürftige Brief [61], noch seinen Advocaten und Procurator bezahlen oder belohnen könne, daſs er — Implorant — auch darum sein Haab oder Güther gefährlicher Weise nicht veräuſsert oder übergeben habe, auch, so er seine Sachen mit Recht [62] erhalten, oder sonst zu bessern Vermögen kommen werde [63], alsdann jedem [64] nach seiner

[58] Eine *nur durch Zeugen* geführte Bescheinigung ist diesemnach nicht ausreichend. A. M. ist Grolman, in der Theorie des ger. Verf. §. 58. *b.*

[59] *Cam. Ger. Ord.* v. J. 1555. Thl. I. Art. 68.

[60] d. h. Activ-Forderungen.

[61] d. h. für die nöthigen Ausfertigungen, Decrete u. s. w. Die übrigen Gerichtskosten sind dadurch nicht ausgeschlossen.

[62] d. h. den Proceſs gewinne; insoferne nemlich der *Kläger* schwört.

[63] Dieses ist auch auf den Beklagten anwendbar.

[64] d. h. den Gerichtspersonen, Advocaten, Anwalt

ner Gebühr Bezahlung und Ausrichtung thun wolle, alles getreulich und ungefährlich."

Landesgesetze haben die Formel oft erweitert, z. B. „*dass er soviel, als von Zeit zu Zeit zur Verlegung der Gerichtsgebühren und zur Belohnung eines Advocaten erfordert wird, nicht vermöge, noch zu verdienen, oder aufzubringen wisse*' u. dergl. [65]), fordern auch wohl von dem Imploranten noch einen *besondern* Gefährde-Eyd [66]).

§. i.

walt u. s. w. Landesgesetze fügen hinzu: *oder Vergleich.*

[65]) Schaumburg, l. c. §. 6. nota **. Haben Special-Gesetze eine Vermögens-Summe bestimmt, nach welcher die Armuth abzumessen sey, so wird diese Summe in den Eyd aufgenommen. Schaumburg, l. c.

[66]) So soll nach der Vorschrift mehrerer Sächs. Procefs-Ordnungen der, welcher das Armenrecht für sich selbst sucht, auch ein Zeugnis seines Unvermögens beygebracht hat, vor Ableistung des Armen-Eydes erst einen Gefährde-Eyd dahin schwören: *dass er, eine gute und gerechte Sache zu haben, gewiss glaube, auch hierunter nichts aus Gefährde, oder böser Meinung, vorgenommen habe, noch in Zukunft, bey währendem Processe, dergleichen thun oder vornehmen wolle.*" Schweitzer, a. a. O. §. 46. Schaumburg, l. c. §. 5. not. ***.

§. 1.

Aus dem Inhalt des Armen-Eydes folgt von ſelbſt, daſs dem Armen, hat er ſeine Armuth beſcheiniget und beſchworen, die ohne das Armenrecht von ihm zu verlegen geweſenen gerichtlichen und auſsergerichtlichen Koſten blos *geſtundet*, *creditirt*, werden, und daſs mithin des Gerichtes und aller Intereſſenten *Nachforderungsrecht* ſobald ſich *wirkſam* zeigen kann, als der vormals Arme im Laufe des Proceſſes, oder nach deſſen Beendigung, derſelbe habe den Proceſs gewonnen oder verlohren, *zahlfähig wird* [67]). Inſonderheit tritt ſolches ein, wann er das verfolgte Object zugeſprochen erhält, in welchem Fall ſelbſt dieſes erſtrittene Object ſofort von dem Gericht in Beſchlag genommen, und, zahlt der Sieger auf eine andere Weiſe jene geſtundeten Koſten nicht, zu deren Abtrag verwendet werden kann, würde auch hierdurch der ganze zuerkannte Gegenſtand ſo aufgelöſst, daſs der Sieger hiervon gar nichts erhielte, oder jenes Object zur Tilgung der rückſtändigen Unkoſten nicht einmal anreichte [68]). Eben ſo,

 wann

[67]) Gönner, a. a. O. Thl. I. Abh. XXIV. §. 5. nr. 8.

[68]) In dieſem Fall kann ein *Concurs* der Intereſſenten

wann der Arme durch einen *Vergleich* mit seinem Gegner von diesem Etwas erhält [69]).

In Rücksicht auf diese bleibende Verbindlichkeit des Armen werden die ihn treffenden Unkosten in den Acten aufgezeichnet — *annotirt* — und daher nennt man das Armenrecht in manchen Gerichten das beneficium oder privilegium *annotationis* [70]).

Zu-

senten entstehen, die, der Regel nach, weil ihre Forderungen gleicher Natur sind, pro rata zu befriedigen sind. Nur der Fiscus, hätte solcher eine Straf-Forderung an diese *Armen-Masse*, würde den übrigen gestrengen Gläubigern nachstehen müssen. L. un. Cod. *poenis fiscalibus creditores praeferri.* 10. 7. M. s. a. Biener, in syst. proc. jud. Lib. I. Cap. VI. §. 50. Dass man dem Armen dasjenige, was er erstritte, zu seinem auf eine andere Weise nicht gedeckten Lebensbedarf lassen müsse, lässt sich eben so wenig behaupten, als er zu jenem Zweck die *gezahlten* Gebühren *zurückfordern* kann. Thibaut, a. a. O. §. 108. nr. 3.

[69]) Zur Verhütung heimlicher, Hintergehung der Kosten-Gläubiger bezweckender, Vergleiche schreiben manche Sächs. Process-Ordnungen vor: „mit dem geschwornen Armen solle dessen Gegner *nur gerichtlich* sich vergleichen können, und auf den Fall eines aussergerichtlichen Vergleichs für die von dem Armen unbezahlt gebliebenen Unkosten *selbst haften.*" Schweitzer, a. a. O. §. 47. Schaumburg, l. c. §. 7. not. *.

[70]) Grolman, a. a. O. §. 58. *b.*

Zugleich folgt hieraus, daſs der Richter ſo oft, als in dem *von* oder *gegen* einen geſchwornen Armen geführten Rechtsſtreit zu erkennen iſt, auch *über den Koſtenpunkt* eben ſo, wie in andern Proceſſen, abſprechen, und den Armen, wird dieſer als temere litigans befunden u. dergl., in die Unkoſten verurtheilen muſs [71]). Die Frage: *wann* und *wie* er dieſe zahlen könne und müſſe? beſtehet für ſich. §. l.

§. k.

Ein Rechtsſtreit hat in der Regel auf den andern keinen Einfluſs [72]); und da nun die Umſtände deſſen, welcher in einer Sache den Armeneyd leiſtete, in einem kurzen Zwiſchenraum ſich verändert haben können, ſo muſs, tritt jener Arme in einen *neuen* Proceſs, derſelbe auch hier das abermals geforderte Armenrecht um ſo mehr auch in Rückſicht auf *dieſen* Rechtsſtreit legal erwerben [73]), weil

[71]) Hommel in Rhapſ. quaeſt. for. Obſ. 719. Auch folgt dieſes aus der reichsgeſetzlichen Vorſchrift in der *Cam. Ger. Ord.* v. J. 1555. Thl. I. Art. XLI. §. 3.

[72]) L. 12. Dig. de in litem jurando. 12. 2. u. d. Geſ. Abh. V. §. d. not. 25. pag. 111.

[73]) Durch *ſämmtliche* Inſtanzen *dieſes* Proceſſes, in

weil der jetzige Gegner, möglicher Weiſe, Einreden dagegen vorbringen kann, die der Gegner in dem frühern Proceſs entweder nicht kannte, oder nicht benutzen wollte. Es kann daher die Meinung [74]), daſs das einmal erworbene Armenrecht auch in künftigen Proceſſen wirkſam werden könne [75])," eben ſo wenig für rechtlich erachtet werden [76]), als die, „daſs, (*von ſpeciellen Landesgeſetzen abgeſehen*) das *richterliche Ermeſſen* hierbey den Ausſchlag gebe [77])."

Eben ſo wenig gehet das Armenrecht, als ein auf *ganz perſönliche* Verhältniſſe ſich beziehendes Privilegium, activ [78]) auf die Erben

in welchem es erworben wurde, *dauert es fort.* Biener, in ſyſt. proc. jud. L. I. Cap. VI. §. 49. not. 9. Cramer, in obſ. jur. un. T. I. obſ. 289.

[74]) So wollte es auch das Concept der *Cam. Ger. Ord.* v. J. 1613. Thl. I. Tit. LV. §. 9. in Bezug auf den Viſit. Abſchied v. 1564. §. 33. Schultze l. c. §. 8.

[75]) Rivin, in enun. jur. Tit. I. en. 15. Wernher, in ſel obſ. for. P. VI. obſ. 258.

[76]) Biener, loc. cit. Landesgeſetze haben es ausdrücklich als widerrechtlich anerkannt. Schaumburg, l c. §. 2. not. ***. Schweitzer, a. a. O. §. 47.

[77]) Gönner, a. a. O. §. 6. nr. 6.

[78]) *Paſſiv* gehet es auf die Erben über. Arg. L. 27. Dig. ſoluto matr. 24. 3.

ben fort; vielmehr müſſen dieſe, wollen ſie in dem von ihnen fortgeſetzten Proceſs Anſpruch darauf machen, daſſelbe beſonders, unter der Beſcheinigung und eydlichen Erhärtung *ihrer eigenen* Armuth, von dem Recht ihres Erblaſſers ganz unabhängig erwerben [79]).

Auch iſt hier nicht von einem *untheilbaren* Recht die Rede, und es können daher die Litisconſorten eines geſchworenen Armen weder deſſen Freyheit von dem Koſtenverlag, noch die demſelben der Armuth wegen zugetheilte Reſtitution (not. 53. p. 207.), für ſich benutzen [80]). Ueberhaupt kann eine andere Perſon als die, welche ihre Armuth erwieſse, auf jenes Privilegium ſich nicht beziehen [81]).

§. 1.

[79]) L. 12. et 13. Dig. eod. L. 25. Dig. de re judicata. 42. 1. L. 7. pr. Dig. de except. 44. 1. L. 196. Dig. de reg. jur. 50. 17. Schaumburg, l. c. §. 2. nota **. Der *zahlfähige Erbe* kann ſogar, nach den allgemeinen Rechtsprincipien, Thibaut, in den Syſt. d. P. R. Thl. II. §. 721., inſoferne ihn das benef. inventarii nicht ſichert, auf Bezahlung der annotirten Proceſskoſten ſeines *Erblaſſers* belangt werden. L. 25. Dig. de re judicata. 42. 1.

[80]) L. 29. §. 1. L. 47. §. 1. Dig. de minoribus XXV. annis 4. 4. Rec. Viſ. d. a. 1568. §. 3. Schultz, l. c. §. 11. Gönner, a. a. O. §. 5. nr. 6.

[81]) L. 7. pr. Dig. de except. 44. 1.

§. 1.

Das Armenrecht darf, als eine Rechtswohlthat, *nur dem* ertheilt werden, dessen Sache nicht als offenbar grundlos oder ungerecht vorliegt. Trägt also die Klage des jenes beneficium suchenden Subjectes ein Merkmal jener Art sicheres an sich, oder sind die von demselben der eingeräumten Klage entgegen gesetzten Ausflüchte ihrem Inhalte nach *schon jetzt für liquid unerheblich* zu achten, so ist des Imploranten Suchen, um die Ertheilung des Armenrechts, sofort, unter Verwerfung seiner Klage oder Einrede, abzuschlagen [82]). Eben so, wann zum Behuf eines Rechtsmittels, z. B. Appellation, Revision u. dergl., das Armenrecht gesucht wird [83]).

In

82) Schaumburg, l. c. §. 5. not. ***.

83) Der Oberrichter *kann* daher auch, im Fall vor ihm das Armenrecht gesucht wird, zuvor dem Unterrichter informatorischen Bericht abfordern, so wie überhaupt, so oft jene Rechtswohlthat im Laufe des Processes gesucht wird, der Richter die Acten zu dem Zweck zu prüfen hat, ob des angeblichen Armen Sache einigen Schein Rechtens für sich habe. R. A. v. J. 1654. §. 105. *Conc. d. Cam. Ger. Ord.* v. J. 1613. Tit. LV. §. 2. u. d. f. Schultz, l. c. §. 6. u. 9.

In dem Fall jedoch, wo der angeblich Arme gegen ein Erkenntnis des Unterrichters an den höhern Richter appellirt, und der Unterrichter die Ertheilung der Apostel, Einsendung der Acten u. dergl., unter dem Grund, „dass vorerst die rückständigen Processkosten abgetragen werden müssten," verweigern, der Appellant hingegen seine Armuth zum Zweck der Einführung und Rechtfertigung jener seiner Appellation bescheinigen und beschwören wollte, kann ihm solches der Unterrichter, will nicht solcher dem Appellanten die Unkosten ohne Armen-Eyd einstweilen stunden, keineswegs abschlagen. Denn *darüber:* ob die Berufung von dem Oberrichter *anzunehmen* sey, ob Appellations-Processe [84]) zu erkennen sind? kann *der* Richter, dessen Erkenntnis von der Rechtskraft suspendirt wurde [85]), nicht absprechen, mithin insoferne auch nicht *entscheiden:* ob der Arme den Rechtsstreit *muthwillig* oder *grundlos* verzögere. *Im Zweifel* aber *ist das Armenrecht zu ertheilen* [86]).

Ver-

[84]) Martin, §. 279.

[85]) Martin, §. 265.

[86]) Dieses folgt aus dem Gesetzgrund: „damit er durch die Armuth nicht *rechtlos* werde." *Cam. Ger. Ord.* v. J. 1495. §. 23. v. J. 1555. Thl. I. Tit. XIX. §. 5.

Sollte der Arme im Gange des Processes entweder absichtlich, oder aus grober Fahrlässigkeit, Aufzüge, oder vergebliche Handlungen veranlassen, z. B. durch Ungehorsam, Versäumnisse u. s. w., so ist er nicht nur in die Unkosten dieses Abschnitts sofort zu verurtheilen [87]), sondern auch, nach seinen persönlichen Verhältnissen, am Körper, mit Gefängnis u. s. w., zu bestrafen [88]). Die Grösse dieser Ahndung wird verschieden seyn, je nachdem man ihm bösen Vorsatz, oder nur grobe Schuld, beymessen kann [89]). Besäse er einiges Vermögen, (§. f.) so sind aus diesem auch *jene* und die *durch seine Bestrafung* aufgelaufenen Unkosten beyzutreiben. Denn das mit dem Armenrecht verbundene *beneficium competentiae* kann er nur insoweit für sich an-

[87]) *Cam. Ger. Ord.* v. J. 1555. Thl. I. Art. XLI. §. 3. R. Dep. Absch. v. J. 1600. §. 8.

[88]) C. G. O. v. J. 1500. Tit. IX. u. v. J. 1555. a. a. O. Reichs-Abschied v. J. 1654. §. 126.

[89]) Vid. die Reichsges. not. 87 u. 88. Es liegt solches auch in der Natur der Sache, in Rücksicht auf welche dem richterlichen Ermessen vieles überlassen bleiben musste. R. A. v. J. 1654. §. 126. C. G. O. v. J. 1555. Thl. I. Tit. XLI. §. 3.

anziehen, als er ſich deſſen nicht unwürdig macht [90]).

Wird der Arme in der Hauptſache *ſo* überwunden, daſs er als *temere litigans* erſcheint, ſo muſs er nicht nur ausdrücklich in die Unkoſten verurtheilt [91]), ſondern es können

[90]) Arg. L. 22. §. 1. Dig. de re jud. 44. 1. coll. L. 84. in fine Dig. de jure dotium. 23. 3. et L. 63. §. 7. Dig. pro ſocio. 17. 2.

[91]) Vid. die Geſetze in der Note 87. u. 88. HOMMEL, l. c. Obſ. 719. LEYSER, l. c. ſpec. 88. med. 11. Der von GÖNNER, a. a. O. §. 5. nr. 7. aufgeſtellte Unterſchied kann hierbey nicht zur Richtſchnur dienen, da auch in Rückſicht auf den Armen bey der Frage: *ob dieſer in die Proceſskoſten zu verurtheilen ſey*? nur die *allgemeinen* Principien dieſer Lehre zur Anwendung kommen können. Fällt auch deſſelben Rechtsbeyſtand eine temeritas zur Laſt, ſo wird *auch dieſer* beſtraft. Reichs-Abſch. v. J. 1654. §. 126. Sollte aber letzterer die Schuld *allein* haben, und der Fall jener dem Armen gebührenden Reſtitution nicht vorliegen, C. C. O. v. J. 1613. Thl. III. Tit. L. §. 2. MARTIN, §. 80. ſo wird daſſelbe wohl höchſt ſelten aus den Acten zu entnehmen ſeyn, ſondern erſt eines beſondern Vorbringens und Nachweiſens von Seiten des zu verurtheilenden Armens bedürfen. Liegen nun die Bedingungen der Temerität in den Acten vor, ſo ſpricht der Richter dieſen gemäs

[gegen

nen auch diese aus dem Vermögen, welches er etwann als eigen besitzt und als Gegenstand der Execution veräussert werden kann, *sofort*, nach einer ihm gesetzten Zahlfrist, beygetrieben werden; weil nunmehr zugleich entschieden ist, dass er auf das Armenrecht keinen rechtlichen Anspruch hatte, sondern es vielmehr missbrauchte, und weil der Regel nach, wo das *gebührende* beneficium competentiae nicht entgegen tritt, jeder Schuldner seine Verbindlichkeit *ganz* erfüllen muss, würde er auch hierdurch in die Classe der Bettler versetzt [92]). Ueber dieses ist die chicaneuse, oder wenigstens leichtfertige, muthwillige, Parthey, welche das Armenrecht sich ertheilen liesse, mit einer öffentlichen Strafe zu belegen, auf deren Art und Grösse es Einfluss hat, ob der Besiegte blos vorsätzlich, oder nur aus grober Schuld, in den Process

gegen die *Hauptperson* — den besiegten Armen — und muss erwarten, ob dieser eine rechtsbegründete Beschwerde in rechtlicher Form vorzubringen vermöge.

[92]) Usque ad *peram et sacculum* — ad *ultimum obulum* — ad *ultimum quadrantem*. Lauterbach, in diss. de beneficio competentiae, §. 6. Thibaut, in dem System des Pandecten Rechts. Thl. I. §. 106. u. d. f.

Procefs eingegangen ift, und ob er es vermag, die ihm zuerkannten Unkoften zu bezahlen, oder nicht [93]). In dem letztern Falle kann er, wie auch manche Landesgefetze ausdrücklich vorfchreiben, neben der zu erleidenden fchärfern Strafe angehalten werden, die gewirkte Koftenfchuld durch perfönliche Arbeiten zu tilgen.

Findet hingegen der Richter hinlänglichen Grund, die Procefskoften zwifchen beyden ftreitenden Theilen zu compenfiren [95]), (§. r. u. d. f.) fo ift hierdurch zugleich des Armen pro-

[93]) M. f. d. Gefetze in der Note 87. und 88. Um aber den Armen zu beftrafen, in die Unkoften zu verurtheilen und diefe von ihm fofort, oder in der Folge, beyzutreiben, erfordern die Gefetze ausdrücklich: *Muthwillen*, *Temerität*, *culpam latam*; wobey fich von felbft verftehet, dafs der dolus mit einbegriffen ift. (G. *in exerc. ad doctr. de culpa*. Fafc. I. exer. IX. §. 4.). Jenes entfpricht auch den Römifchen Gefetzen, infofern diefe verordnen: durch die dem dolo und der culpa lata gegenüber ftehende *culpa in fpecie*, (G. l. c. exerc. IX. §. 2. nr. II.) folle das beneficium competentiae nicht verwirkt werden. L. 63. §. 7. Dig. pro focio. 17. 2.

[94]) Biener, l. c. §. 50.

[95]) Auch hier find blos die *allgemeinen* Principien die Richtfchnur.

processualisches Streben insoweit gerechtfertiget, daſs er weder seiner erworbenen Rechtswohlthat der Competenz für verlustig erachtet, noch seines Unternehmens wegen bestraft werden darf. Immer aber bleibt dem Gericht, und allen Subjecten, z. B. seinem Advocaten u. s. w., welche für ihn in jenem Rechtsstreit thätig waren, und hierfür eine Belohnung fordern können, das Recht gesichert, diese von ihm *sobald* zu fordern und einzuklagen, als er zu einem seine Competenz übersteigenden Vermögen gelangt. Auch dann jedoch kann er nur *in id, quod facere potest, ne egeat* [97]), verurtheilt werden, da jenes sein beneficium competentiae im Verhältnis zu *diesen* Gläubigern auf Lebens lang von ihm erworben wurde. Im Fall jedoch *andere* Gläubiger jenes Competenz-Vermögen des Armen in Anspruch nehmen, und dasselbe zu ihrer Befriedigung verwendet werden soll, so kann den erstern, jenem Gericht, Advocaten u. s. w., der Concurs eben so wenig versagt werden, als die übrigen Creditoren aus dem ganz persönlichen Recht des Schuldners eine Einrede abzuleiten vermögen [98]). Dieser

[96]) M. s. die Note...

[97]) L. 173. pr. Dig. de regulis juris. 50. 17.

[98]) L. 7. Dig. de except. 44. 1.

ſer ſelbſt aber kann *da* auf ſeine Competenz ſich nicht mehr berufen, wo deren Quelle auf jedem Fall verſiegen wird. *Tua non intereſt!* kann das die annotirten Gebühren nachfordernde Gericht u. ſ. w. mit Recht erwiedern [99]).

§. m.

Vorſchuſs der Proceſskoſten von dem Gegner, oder von einem Dritten.

Durchaus irrig iſt die von manchen Rechtsgelehrten aufgeſtellte Meinung: „die *Armuth* des einen ſtreitenden Theils verpflichte deſſen *Gegner*, demſelben die Proceſskoſten vorzuſchieſsen [100]), und es widerlegt ſich dieſe ſonderbare Behauptung ſchon dadurch vollkommen, daſs ja der klare Sinn der Geſetze *dahin* gerichtet iſt, „demjenigen, welcher ſeine Armuth beſcheiniget und beſchworen habe, ſolle weder das Gericht, noch der ihm beygegebene Rechtsbeyſtand, vor der Hand

[99]) Anders dürfte in dem Fall zu entſcheiden ſeyn, wann das Gericht u. ſ. w. *allen übrigen Gläubigern vorgienge.* Dabelow, in der Entw. der Lehre v. Concurs der Gläubiger. Cap. VII. pag. 172.

[100]) Krause, in proc. jud. Lib. I. Cap. II. §. 4.

Hand Gebühren anfordern," ohne daſs hierbey auch nur die geringſte Spur einer *Vorſchuſs-Zwangspflicht* des Gegners ſich erfinden lieſse. Es ſollen vielmehr jene Gebühren noch zur Zeit, bis zu beſſern Vermögens-Umſtänden des Armen, *unbezahlt* bleiben — die Juſtiz ſoll ihm auf dieſe bedingte Weiſe *unentgeldlich* geleiſtet werden. Auch erklären ſich die Geſetze klar und deutlich *gegen* jene *exorbitante* Verbindlichkeit des Gegners [101]).

Weil jedoch einige Geſetze einzelne Beyſpiele jener Verbindlichkeit zu enthalten ſcheinen [102]), ſo bemüht man ſich, aus jenen allgemeine Regeln zu abſtrahiren. Gönner [103]) formt dieſe dahin:

1) wann wenigſtens ein Theil des Armen Forderung an ſeinen Gegner liquid, oder dieſer

2) jenem Alimente zu reichen verbindlich ſey.

§. n.

[101]) „Cum hoc ipſum quaeratur, *an* aliquid tibi a tutoribus vel curatoribus debeatur, *non habet rationem* poſtulatio tua, volentis in ſumtum litis ab his tibi pecuniam ſubminiſtrari." L. 17. Dig. *de tutelae et ration. diſtrah. rel.* 27. 3.

[102]) L. 27. §. 3. Dig. de inofficioſo teſtamento. 5. 2. L. 7. Cod. de ordine cognitionum. 7. 19. Cap. 11. de accuſationibus 5. 1.

[103]) In dem Handbuch des teutſchen Proceſſes. Thl. I. Abh. XXIV. §. 4.

§. n.

Die *erste* dieser Regeln (§. m. a. E.) ist, wo nicht in klaren Gesetzen, doch in der Vernunft, *insoweit* gegründet, als man die Bedingung anfügt, dass a) der Gegner kein *grösseres* Quantum, als der liquide Forderungstheil beträgt, vorzuschiessen brauche, und b) derselbe, auf den Fall eines Sieges über den Armen, auch wegen der ihm zu erstattenden Unkosten gedeckt bleibe [104]). Von einer *solchen* Lage abgesehen stehet jene Verbindlichkeit mit dem allgemeinen Princip: „dass man nicht verbindlich ist, des Gegners Processführung auf eigene Gefahr zu erleichtern," [105]) im Widerspruch.

Aus den in der Note 102. angezogenen Gesetzen jenen Satz (§. m. nr. 1.) rechtfertigen zu wollen, ist jedoch ein vergebliches Unternehmen. Denn

A) die *L.* 27. §. 3. *Dig.* 5. 2. enthält den speciellen Fall, wo ein Erblasser dessen Sohn [106]) als

104) Wenn z. B. der Beklagte den Kläger die Herausgabe der verlangten *ganzen* Erbschaft verweigert, ihn jedoch als Miterben auf die Hälfte anerkennt u. dergl.

105) L. all. 17. not. 102. coll. L. 4. Cod. de edendo. 2. 1. L. 7. Cod. de testibus. 4 20.

106) Die Worte: „*vel alium scriptum heredem*" schei-

als einzigen Erben in einem Teſtament einſetzt, in eben dieſem aber einen unmündigen Enkel, den Sohns eines zweyten verſtorbenen Sohnes, enterbt. Der Enterbte erhebt querelam inofficioſi teſtamenti [107]) gegen ſeines Vaters Bruder, und es wird das reſp. väterliche und groſsväterliche Teſtament durch des Richters Erkenntnis in der erſten Inſtanz reſcindirt, mithin dem klagenden Enkel die geforderte Erbportion zugeſprochen. Hiergegen appellirt der beſiegte Patruus. Von dieſem Fall ſpricht nun Ulpian: *placuit, interim propter inopiam pupilli alimenta pro modo facultatum, quae per inofficioſi teſtamenti accuſationem pro parte ei vindicabantur, decerni eaque adverſarium ei ſubminiſtrare neceſſe habere usque ad finem litis.*

Eines Theils iſt nun hier der *Proceſskoſten* mit keinem Worte erwähnt, vielmehr folgt *daraus*, daſs unterdeſſen nur die *Lebensnothdurft* des *Pupillen* geſichert werden ſoll, die Rechtswidrigkeit einer Ausdehnung auf jene Proceſskoſten eben ſo gewiſs, als

ſcheinen ein Emblem des Tribonians zu ſeyn. A. Faber, Ration. in Pand. T. II. ad leg. cit. 27. de inoff. teſtam. not. a.

[107]) Nach deren ältern Begriff. Thibaut in d. Syſt. des Pandekten-Rechts. Thl. II. §. 815.

als wenig ſolche zu den *Alimenten* gehören [108]). Andern Theils finden wir in dem Geſetz einen geſetzlichen, in dem Zuſtand der Unmündigkeit und Armuth von ſeinem Grosvater exheredirten, Erben durch ein Proviſorium in einer Lage begünſtiget, wo ein richterlicher Ausſpruch ihn als Erben jenes ſeines Ascendenten bereits anerkannt hatte. So wie man nun wohl letzteres als eine für ihn ſtreitende Vermuthung anſahe, ſo findet man die römiſchen Geſetze überhaupt geneigt, dem geſetzlichen unmündigen Erben während eines Rechtsſtreits über ſein Erbrecht proviſoriſch den Lebensunterhalt zu ſichern [109]). Ein

 grofser

[108]) Hiervon weiter unten.

[109]) L. 1. §. 5. Dig. *de Carboniano edicto.* 27. 10. L. 1. §. 2. Dig. *de ventre in poſſ. mittendo.* 37. 9. Der *Exheredirte* hatte zwar keinen Anſpruch auf die Carbonianiſche bonorum poſſeſſio, und konnte, inſoferne er quer. inoff. teſt. anſtellte, nicht einmal Alimente aus der Erbmaſſe fordern, L. cit. 1. §. 8. Dig 37. 10. L. all. 1. §. 2. 37. 9. L. 20. Dig. de inoff. teſt. 5. 2.; allein davon lieſse ſich doch wohl rechtsbillig eine Ausnahme machen, wann das Teſtament nach vorgängigem proceſſualiſchen Verfahren von dem Richter als pflichtwidrig befunden wurde, nun aber der heres ſcriptus den Proceſs durch ein

grofser Sprung aber ist von den, in den Rechten überhaupt begünstigten, Alimenten bis zu den *Proceſskoſten-Vorſchuſs*, besonders da, wo dieser dem *angegriffenen* Theil aufgelastet werden soll.

B) In der L. all. 7. Cod. 7. 19. sehen wir einen Menschen, der zwar in dem Besitz der Freyheit sich befindet, jedoch von einem angeblichen Herrn als dessen *Sclave* gerichtlich in Anspruch genommen wird. — Diesem ist von jenem vorgeblichen Dominus im Laufe des Rechtsstreites über den Freyheits-Zustand *bewiessener Masen*[110]) *Etwas entrissen worden* — die *Restitution* stehet in Frage, und das Gesetz verordnet nun: „könne der als Sclave in Anspruch genommene Spoliate Caution dahin stellen, *salvam rem futuram*, so solle diese Sache *ihm* von seinem Gegner zurückgegeben werden — vermöge er es aber nicht, jene Sicherheit zu leisten, so solle man

ein eingelegtes Rechtsmittel verlängerte. In Rücksicht hierauf *beschränkte* man die Suspensivkraft jener Appellation, wie dieses auch in andern, besonders *Alimente* betreffenden, Fällen einer weisen Gesetzgebung entsprechen kann.

110) „Quae *constiterit* ablata." Latt. 7.

man jene Sache [111]) bis zu der Entſcheidung des Rechtsſtreites *gerichtlich ſequeſtriren* [112]), jedoch ihm, qui ad ſervitutem vocatur, *aus jener entriſſenen Sache*, auf den Fall der Armuth, zu dem Aufwand auf die Fortführung des Proceſſes und als Alimente ſo viel reichen, als das richterliche Ermeſſen beſtimmen würde [113]).“

Hier alſo iſt kein Wort *davon* erfindlich, daſs *der Gegner ſeinem Gegner* die Proceſskoſten *vorſchieſsen* ſolle. Die von dem Kläger dem Beklagten entriſſene, ſpoliatiiſch abgenommene, *Sache* ſoll erſter herausgeben; weil aber des letztern *Freyheitszuſtand* ſtreithängig iſt, ſo ſoll jene Sache, ſtelle der reſp. Beklagte und Implorant keine Sicherheit, der gerichtlichen Obhut überlaſſen und *von Seiten des Gerichts* verwaltet werden. Gar nicht aus dem Vermögen jenes angeblichen Domini erhält alſo der Gegner Proceſskoſten-Vorſchuſs und

111) „Ea, de quibus in judicio tractabitur.“ L. all. 7.

112) Conf. L. 3. Cod. de adſert. toll. 7. 17.

113) Ita ut *ex iisdem*, ſi aliqua alia facultas eſſe non poterit, *tantum* litis ſumtus et alimoniae homini ſubminiſtretur, quantum judicis arbitrio fuerit aeſtimatum. L. all. 7. Cod. 7. 19.

und Alimente, sondern aus einer Sache, die, vermöge der mit dem Besitz verbundenen Rechtsvermuthung, *ihm*, dem Spoliaten, *selbst zugehört*, und die er sofort restituirt erhalten müste, hätte sich das Spolium früher ereignet, und wäre eher darüber erkannt worden, als seine Freyheit und Rechtsfähigkeit das Object eines Processes wurde [114]).

Sonderbar, dass so viele Rechtsgelehrte auf ein für den Processkosten-Vorschuss so *ganz unfruchtbares* Gesetz sich beziehen, ja *für das deutlichste* ausgeben, welches in dem Römischen Gesetzbuch in Bezug auf diese Lehre vorgefunden werde!

C) Von einem fast eben so geringen und wenigstens sehr beschränkten Gehalt ist Cap. all. 11. X. *de accusationibus*. §. 1., insofern hier nur verordnet wird: „im Fall den Mönchen eines Klosters *gestattet* werde [115]), den ihnen vorgesetzten Abt anzuklagen, so sollten, hätten dieselben kein eigenes Vermögen, die erforderlichen Processkosten aus den Einkünften *des Klosters* [116]) hergeschossen werden."

Es

114) L. all. 7. Verb.: „Cum autem necdum" rel.

115) „Nisi alia rationabilis causa impediat" Cap. all.

116) „de rebus monasterii."

Es gehört aber das Vermögen des Klosters so wenig *dem Abt* ausschliesslich zu, als den Mönchen, und es ist also *nicht der beklagte* Abt, welcher jenen Aufwand herschiessen muss — sondern die Quelle dieser Unterstützung ist höchstens als ein *gemeinschaftliches* Vermögen anzusehen. Auch liegt dem Gesetz das besondere Verhältnis zum Grund, dass der Hierarchie daran gelegen sein musste, den Abt durch die Mönche seines Klosters bewachen zu lassen, und den letztern die Mittel zu einer Anklage bey dem Bischoff nicht abzuschneiden, welche wohl eher eine kirchliche Sache, als Privat-Rechtsverhältnisse, zum Gegenstand hatte.

§. o.

Das *zweyte* von GÖNNERN mit andern DD. aufgestellte vermeintliche Hauptprincip (§. m. nr. 2.) ist *deshalb* schlechthin falsch und unrichtig, weil die Processkosten kein Theil der gesetzlichen *Alimente* [117]) sind. Auch nicht die

[117]) Von *vertragsmäsigen* Alimenten kann hier die Rede nicht seyn, und noch weniger von solchen, die als ein *Legat* zu reichen sind. Denn dort entscheiden die Worte des Vertrags, welchen auf die nicht ausdrücklich genannten Pro-

die schwächste Spur hiervon findet man in den Gesetzen, sondern es sagen diese nur soviel: *Verbo victus continentur, quae esui potuique, cultuique corporis, quaeve ad vivendum homini necessaria sunt. Vestem quoque victus habere vicem, Labeo ait. Et caetera, quibus tuendi curandive corporis nostri gratia utimur, ea appellatione significantur*[118]). Wie man unter diesen Begriff, oder in diese Beschreibung, die Kosten eines Civil-Processes zwängen mag, läſst sich nicht absehen. Will der Alende durch jenen Rechtsstreit etwas *erwerben*, so liegt es doch wohl nicht in der *Pflicht* eines *Ernährers*, ihm *dortzu* auf eigene Kosten behülflich zu seyn? Ist hingegen erster der angegriffene Theil, so bleibt doch *die* Verbindlichkeit, jemanden *Lebensunterhalt* zu reichen, noch *weit verschieden* von

Proceſskosten auszudehnen, die ersten Auslegungs-Regeln, L. 38. §. 18. L. 99. 11. Dig. de verb. oblig. 45. 1. L. 47. Dig. de oblig. et. act. 44. 7. L. 26 Dig. de rebus dubiis. 34. 5., beleidigen und klaren Gesetzen, L. 8. §. 12. Dig. de transact. 2. 15., entgegen laufen würde. Die *alimenta legata* aber begreifen im Zweifel nicht einmal in sich den Erziehungs- und Beerdigungs-Aufwand. L. 6. et 7. de alimentis. Dig. 34. 1.

118) L. 43. 44. 45 u. 234. §. 2. Dig. de verborum significat. 50. 16.

von der Obliegenheit einer *Vertheidigung* vor Gericht. Eine Zwangspflicht hierzu ist allerdings *denkbar*; jedoch wird solche von den Gesetzen nirgends *als ein Bestandtheil der Alimentations-Pflicht* dargestellt, sondern sie bestehet, unabhängig von jener, für sich selbst.

Daraus folgt nun auch zugleich, daſs eben so wenig ein Dritter verbunden seyn kann, aus *dem* Grund, weil er für den Lebensunterhalt eines vor Gericht streitenden Theils zu sorgen hat, diesem Alenden auch die zu jener Processführung erforderlichen Ausgaben zu spenden, und daſs vielmehr, wo dieses der Fall ist, sowohl in dem Verhältniſs zu dem Gegner, als in Rücksicht auf ein drittes Subject, ein *anderer* Verbindlichkeits-Grund, als derjenige der Alimentations-Pflicht, vorhanden seyn muſs.

§. p.

Da uns nun specielle Gesetze hierunter durchaus verlassen, so kann von der Regel: „keine Privatperson ist pflichtig dem processführenden Armen die Kosten herzuschieſsen," nur dann eine Ausnahme eintreten, und zwar

I) in Rücksicht auf den Gegner,

1) wann es in den Acten als ausgemittelt vor-

vorliegt, daſs derſelbe einen Theil des Streitobjectes dem mit ihm Proceſs führenden *Armen* zu leiſten habe [119]) —

2) wann jener Gegner das ſämmtliche, einſt *zu reſtituirende*, Vermögen des jetzt mittelloſen Imploranten im Gefolge einer beſondern Qualität [120]) nieſsbräuchlich, oder als deſſelben Verwalter [121]), im Beſitz hat —

3)

119) Gönner, a. a. O. Leyser, in Med. ad Pand. ſpec. 84. med. 11. caſ. 1. Es iſt nicht nothwendig, hierbey eine Quantität, eine Geldſumme, vorauszuſetzen, ſondern es muſs hinreichen, wenn der Beklagte dem Kläger irgend ein Object herauszugeben ſchuldig iſt, welches auf den Fall einer Erſtattung jenes Vorſchuſſes *hinlängliche Sicherheit* mittelſt des Retentions-Rechts zu gewähren vermag; z. B. bey der actio familiae erciscundae, de communi dividundo u. dergl., wo der Bekl. des Klägers Qualität eines Miterben, oder Miteigenthümers, zugeſtehet u. ſ. w.

120) Aus dieſem Grunde rechtfertiget ſich die Lehre, daſs der mit ſeinem Weibe in einem Eheſcheidungs- oder andern Proceſs begriffene Ehemann derſelben die Unkoſten vorſchieſsen müſſe. Thibaut, in dem Syſt. des P. R. Thl. II. §. 455. dort. Litterat.

121) *Inſoferne* iſt es denkbar, daſs, ohne in einen Widerſpruch mit der L. 17. Dig. *de tutel. et*

rat.

3) wann beyde ſtreitende Theile in einer Güthergemeinſchaft leben, der eine deren Directorium führt, der andere aber von andern Mitteln zu der Proceſsführung entblöſst iſt [122]) —

4) wann der zur Koſtenbeſtreitung aufgeforderte Gegner nach Vorſchrift der Geſetze zwangspflichtig iſt, die Perſon und das Vermögen des mit ihm im Streit befangenen Armen *gerichtlich und auſsergerichtlich zu vertheidigen* [123]) —

II.

rat. diſtrah. 27. 3. zu gerathen, ein Vormund angehalten werden könne, für den gegen ihn Proceſs führenden Curanden die Unkoſten auf Rechnung herzuſchieſsen. Biener, l. c. §. 50. not. 8. in fine.

[122]) Arg. Cap. 11. X. de accuſation. 5. 1. Unter dieſes Princip läſst ſich auch das von Leyser a. a. O. medit. 11. in Bezug auf Mornac angeführte Beyſpiel ſtellen, ſo wie die Frage: ob, wann eine Gemeinde, als ſolche, mit ihren Gemeinde-Vorſtehern, z. B. dem Stadtrath, in Proceſs befangen iſt, die Unkoſten aus dem Gemeinde-Aerario zu beſtreiten ſind?

[123]) Dieſer Schützlinge giebt es wohl *nur zwey*; 1) das *Hauskind* und 2) das *Eheweib*. Dort entſpricht der väterlichen Gewalt auch die väterliche Schutzpflicht, und in Anſehung des Eheweibes zeigt ein Geſetz nicht undeutlich hin auf gleiche Verbindlichkeit ihres Eheherrn.

L.

II) in Rückficht auf einen Dritten, *nur* dann, wann diefer in dem unter I. 4.) er-

L. 2. Dig. de iniuriis. 47. 10. Haben diefe Schützlinge eigenes Vermögen und diefes befindet fich in dem Befitz ihres Schutzherrn, fo ift zunächft das Prinzip unter I. 2 oder 3. anzuwenden, infoweit refp. die Früchte jenes Eigenthums zu der Beftreitung der herzufchiefsenden Procefskoften anreichen. Denn da fogar die Pflicht zu der Alimentation nur fubfidiarifch ift, Thibaut, a. a. O. §. 350. Wernher, in fel. obf. for. P. I. P. V. obf. 73. et T. III. P. II. obf. 282. ibi leg., fo mufs es noch mehr *die* Verbindlichkeit feyn, aus eigenen Mitteln die Koften eines Alenden Procefsführung zu tragen. Mufs jedoch die *Schutzpflicht* durch den *Aufwand des Mittels* thätig werden, und das Kind oder die Ehefrau erwirbt durh den Procefs, oder auch nachher, eigenes Vermögen, fo ift dem Vater und Ehemann die Rückforderung des Verlags nicht abzufprechen, indem *diefer die Natur der Alimente nicht hat.* Selbft die von vielen behauptete Zwangspflicht, wenigftens die Atzungs- und Vertheidigungs-Koften für einen Alenden oder Schützling aus eigenen Mitteln zu beftreiten, beruhet keinesweges auf einer *klaren Gefetzvorfchrift.* Böhmer, in Medit. ad CC. C. art. 153. §. 6. Emmrich, über die Procefskoften, u. f. w. Thl. II. §. 8. pag. 64. und §. 28. pag. 206. u. d. f.

wähnten Zwangspflicht - Verhältnis zu dem Litigator stehet [124]).

In Hinsicht auf die Fälle unter I. 1. 2. und 3. ist aber noch als *allgemeine Bedingung* vorauszusetzen, „dass der dem Gegner die Processkosten vorschiessen sollende Theil durch diesen Vorschuss nicht in die Gefahr eines *eigenen* Einbusses versetzt werde" [125]), so wie in

[124]) Denn ermangelt die Schutzpflicht, so erscheint jener Dritte, hätte er auch das Vermögen eines streitenden Theils im Besitz, nur als Gläubiger, den man zwar auf Zahlung dessen, was er schuldig ist, keinesweges aber auf Verlag der Kosten eines ihn nicht berührenden Rechtsstreits, belangen kann; er wäre denn aus einem besondern Grund verpflichtet, dieses bestimmte Geschäft für den Inploranten zu vollziehen. Z. B. der administrirende Vormund.

[125]) Auch hier ist zu wiederholen, dass von der Pflicht, Alimente zu reichen, auf die Verbindlichkeit, *Processkosten vorzuschiessen*, sich durchaus nicht schliessen läst. Eben so verkehrt aber ist es, daraus, dass jemand aus einem der unter §. 1. 2 und 3. unterstellten Gründe angehalten werden kann, dem Gegner Processkosten vorzuschiessen, zu folgern: *mithin müsse er diesem Gegner auch Alimente während der Dauer des Processes reichen.* Ist die Quelle, aus welcher letztere vorgeschossen werden sollen,

in Betracht der Verhältnisse unter I. 4. und II, „dass der zur Präſtation der Vertheidigungs-Mittel Verbundene diese zu leisten vermöge, ohne seine eigene Competenz beeinträchtiget zu finden“ [126]). Auch kann man hier so schliessen: wer des Rechtes, bürgerliche Alimente von jenem Gegner oder Dritten zu fordern, sich unwürdig gemacht hat, ist um so weniger befugt, von demselben *aus dem Grund der Vertheidigungs - Pflicht* den Vorschuss der Processkosten, oder deren Bestreitung aus *eigenen Mitteln*, zu verlangen [127]).

§. q.

len, so reichlich, so sicher, dass jene und diese ohne Gefahr für den Zahlenden geleistet werden können, wohl! so ist das Gesuch auf beyde begründet; ausserdem aber für jene oder diese nur *in tantum*, d. h. *soweit* dasjenige zureicht, was dem Armen von dem Object des Processes wenigstens präsumtiv zugesprochen wird. Laxere Principien berechtigen zu einer gerichtlichen Plünderung des Gegners.

126) Denn selbst einer stärker begründeten Forderung würde die Einrede *eigener Competenz* entgegen treten. L. 16. in fine et L. 20. Dig. de re judicata. 42. 1. L. 7. §. 1. coll. L. 5. pr. Dig. de obsequiis parent. praest. 37. 15. L. 35. Dig. de negotiis gestis. 3. 5.

127) Arg. L. 5. §. 11. Dig. de agnoscendis vel alendis liberis 25. 3. Auch kann man die exorbitante

§. 9.

Allgemeine Grundsätze von der Erstattung und Compensation der Unkosten.

Klar und deutlich sprechen sowohl die vaterländischen, als die fremden zur subsidiarischen Hülfe aufgenommenen, Gesetze das allgemeine, *herrschende* [128]), Princip aus: *welche Parthey in dem gerichtlichen Rechtsstreit besiegt wird, die ist verbindlich, dem siegenden*

tante Pflicht des Schutzherrn wohl für aufgelösst achten, wann des Schützlings den Rechtsstreit veranlassendes Betragen *nach den vorliegenden Acten sich nicht rechtfertigen lässt.* Z. B. das Eheweib sondert sich willkührlich, um gegen ihren Ehemann einen Process zu erheben u. dergl. Nur können blose Verdachts-Gründe jene Wirkung nicht haben. THIBAUT, a. a. O. Thl. I. §. 454.

[128]) Wer *daran* mit HENNEMANN und EMMRICH zweifelt, wer diese *Regel*, welche *im Zweifel* den Ausschlag geben muss, zur *Ausnahme* herabdrängt, der wird die selbst beklagte und ritterlich bekämpfte Vagheit der Praxis mehr begünstigen, als erheblich mindern. Der als *Regel* substituirte Grundsatz: „*nur der Calumniator und leichtsinnige Processführer ist ausschliesslich in die Unkosten zu verurtheilen,*" *ist blos ein allgemeines Princip der Aus-*

genden Gegner die von diesem auf den Process verwendeten Unkosten zu erstatten [129]).

So

Ausnahmen, und, ihre Legalität auch vorausgesetzt, jener Hauptregel: „*der Besiegte erstattet die Processkosten*" einer *Negative* gleich, dergestalt anzuhängen: „*es wäre denn, dass aus den Acten und dem Resultat des Processes sich ergäbe, dem Besiegten falle weder eine bösabsichtliche Processführung, noch eine leichtsinnige Streitsucht, zur Last.*" THIBAUT, in dem System des Pand. Rechts. Thl. III. §. 1132. HENNEMANN a. a. O. pag. 24. glaubt *es sey gleichviel, ob man jenes oder dieses an die Spitze stelle;* allein schon die *Vermuthung* für die Regel, der *im Zweifel* zu ihr nöthige *Recurs* u. s. w., kann sehr folgereich seyn.

129) „So soll die Vergleichung der Unkosten ohne genugsame Ursachen in denen Urtheilen nicht geschehen, sondern vielmehr *der verlierende Theil in dieselbe verurtheilt* und dem obsiegenden Theil dazu gebührend verholfen werden." Visitations-Abschied, v. J. 1713. §. 82. „*Omnes judices — sciant, victum in expensarum causa victori esse condemnandum*, rel. L. 13. §. 6. Cod. de judiciis. 3. 1. So spricht auch die zwar nicht glossirte, jedoch wenigstens rechtsgeschichtlich und für die Erklärung der glossirten Gesetze wichtige, auch in der Nov. 82. Cap. 10. bezogene, L. 5. Cod. de fructibus et litium expensis. 7. 51. „*Constitutio praecipit, ut quivis judex in sententia sua jubeat victum*

factos

So gewiſs aber unter dieſen zu erſtattenden Unkoſten nur die *nothwendigen*, §. a., obgleich ſowohl die auſsergerichtlichen, als die gerichtlichen §. b., ſelbſt dann zu verſtehen ſind, wann der den Beſiegten verurtheilende Richter den Anſpruch dahin gefaſst haben ſollte: „derſelbe ſey ſchuldig, dem Gegner *ſämtliche* Unkoſten zu vergüten [130]," ſo deutlich erklären ſich auch die Geſetze dahin: jene *Regel* ſey nicht ohne Ausnahme, ſondern es gäbe Fälle, in welchen der Beſiegte *damit zu verſchonen wäre*, dem ſiegenden Gegner die von dieſem auf den Rechtsſtreit verwendeten Unkoſten zu erſtatten. Dieſe ausgenommenen Fälle bilden das Gebiet der Koſten-*Compenſation* [131]) — *Ver-*

factos in judicio ſumptus praeſtare." und eben dieſe Regel wird in dem Canoniſchen Recht aufgeſtellt. Cap. 4. X. de poenis. 5. 37.

130) Weber, a. a. O. §. 14. nr. V. pag. 150.

131) Es findet ſich dieſe Benennung, inſoferne man ſolche *unmittelbar auf die Unkoſten* eines Proceſſes beziehet, weder in den Römiſchen noch in den Canoniſchen Geſetzen, ſondern ſie hat wohl ihren Urſprung in der teutſchen Gerichtsſprache; vid. *Conc. d. Cam. Ger. Ord.* v. J. 1613. Thl. III. Tit. LIX. §. 9. und da nun hier von dem *Erlöſchen* gegenſeitiger, *der Gröſse*

Vergleichung[132]) — *gegenseitigen Aufhebung* — indem, kommt einer derselben zur Anwendung,

Gröfse nach sich gleicher, erworbener Forderungen die Rede nicht ist, sondern unter Kosten-Compensation nur *soviel* verstanden wird, dafs keinem der streitenden Theile das Recht zustehe, von seinem Gegner die Erstattung der aufgewendeten Procefskosten zu verlangen, so nimmt man an, das Wort „*Compensation*" sey diesen Orts in einer, durch den Redegebrauch eingeführten, *uneigentlichen* Bedeutung aufzufassen: Weber, a. a. O. §. 3 *a*. pag. 8. u. §. 14. not. 4. pag. 143. Wendet man jedoch den Blick dahin, dafs jeden Procefs die Anschuldigung einer illegalen, bösvorsätzlichen oder nur schuldlichen, Rechtsstöhrung zum Grunde liegt, und dafs auch der Beklagte, indem er gegen jenen Vorwurf einer Culpa im allgemeinen Sinn sich vertheidiget, Einreden entgegensetzt u. s. w., den Kläger ebenfalls einer Rechtsstöhrung und Schuld bezüchtiget, sey es auch nur in Hinsicht auf die Turbation mittelst eines ungerechten Processes — setzt man voraus, dafs die Compensation der beyderseitigen Unkosten eben darinnen einen Hauptgrund findet, weil nach dem Resultat des einzelnen Processes der Richter annehmen kann, keiner der streitenden Theile erscheine als vollkommen schuldlos — erwägt man, dafs die *Folge* oft den *Nahmen* der *Ursache* erhält — so zeigt jener Begriff der Kosten-Compensation wohl hin auf das allgemeine Rechtsprincip: *dolus cum dolo*, *culpa cum*

dung, jeder ſtreitende Theil diejenigen Unkoſten, welche er im Laufe des Proceſſes verlegte, §. e., und zu deren Erſtattung ſein Gegner nicht beſonders verurtheilt wurde, §. d. not. 27., als für ſich ſelbſt verwendet und erloſchen anſehen muſs, es mag nun ſein Gegner weniger oder mehr dergleichen Unkoſten erlegt und aufgewendet haben.

§. r.

Dabey entſtehet aber die ſchwierige, ſo vielfach beantwortete, Frage: *welcher Grad* der Schuld *vorhanden*, oder *abſeyn* müſſe, um *den Beſiegten* in die Unkoſten des Rechtsſtreits *zu verurtheilen*, oder ihn hiermit *zu verſchonen*, mithin in dem letzten Fall den beyderſeitigen Aufwand zu *compenſiren?*

Q 2 In

cum culpa compenſatur. L. 3. §. 3. Dig. de eo per quem fact. erit. 2. 10. L. 57. §. 3. Dig. de contr. emt. vend. 18. 1. L. 36. Dig. de dolo malo. 4. 3. L. 39. Dig. ſol. matr. 24. 3. L. 10. Dig. de compenſat. 16. 2. Die Koſten, welche jeder Theil aufwendete, ſind in jener Hinſicht ein Product eigener Culpa, und ſo beziehet man die Compenſation auf das, was zunächſt liegt, auf das Product der Culpa, da eigentlich auf dieſe ſelbſt jener Begriff zurückzuführen iſt.

132) Nicht *transactio;* man müſste denn einen gezwungenen, vom Richter befohlnen, erkannten, Vergleich ſich denken wollen. Die *Culpa* gleicht ſich gegenſeitig aus.

In den teutschen höhern und niedern Gerichtshöfen pflegte man anzunehmen: nur eine dem Besiegten zur Last zu rechnende *Culpa lata*, noch mehr also ein *Dolus*, verpflichte denselben, seinem siegenden Gegner die von diesem auf solchen Fall verlegten Unkosten zu vergüten, und es sey also deren Compensation so oft zu erkennen, als aus den Acten *ein Grund* hervorgehe, den Besiegten von einer Culpa lata — Temeritas — leichtfertigen, leichtsinnigen, Streitlust — *für frey zu achten.*" Da jedoch die Gesetze die Gründe zu diesem richterlichen Freyachten von einer Temerität nicht speciell angeben, so verirrte sich die Doctrin in diesem vagen Gebiete zu soviel einzelnen Gründen, dass am Ende die Ausnahme zu der Regel sich emporschwang, und diese zu verschlingen drohete.

WEBER nahm den Unfug zu Herzen, und stellte als Princip auf: „die einem Andern grundlos und vergeblich veranlassten Processkosten seyen ein widerrechtlich, durch eine illegale positive Thätigkeit zugefügter, *Schade*, mithin könne obige Frage nur nach den Gesetzen vom *Schadens-Ersatz* entschieden, und müsse also der Besiegte so oft in die Unkosten des für ihn verlohrnen Rechtsstreits verurtheilt werden, als sich nicht aus den Acten ergebe, dass er auch von dem *gering-*

ringsten Versehen, von der *Culpa levissima*, für frey zu achten wäre."

Hennemann und Emmrich tadelten jene Strenge, und suchten obiges in den Gerichtshöfen herrschendes Hauptprincip als den positiven Gesetzen entsprechend, jedoch ohne die Verirrungen der Doctrin und Anwendung zu billigen, vorzüglich durch die Behauptung wissenschaftlich zu rechtfertigen: „das Erstatten der Processkosten an den siegenden Gegner werde von den Gesetzen als *Strafe* der chicanösen, oder doch leichtsinnigen, Processführung dargestellt, so dass wenigstens *grobe* Schuld, *Culpa lata*, des Besiegten zu dessen Verurtheilung in die Kosten erfordert werde.

Schmidt gen. Phiseldeck erachtete zwar dieses nicht für gegründet und trate vielmehr Webern *insofern* bey, als solcher aus der Quelle der Schaden-Lehre schöpft, will aber nur den *mittlern* Grad der Schuld, *culpam levem*, als Grund anerkennen, den Besiegten in die Unkosten des Rechtsstreits zu verurtheilen *).

Jenachdem man nun von dem ersten, dritten oder zweyten, Grundsatz ausgehet, erhö-

*) Der den Unterschied zwischen culpa levis u. levissima nicht anerkennende Borst nähert sich Webern eben soweit, als er sich von ihm entfernt.

erhöhet oder mindert ſich die Strenge gegen den Beſiegten. Nach WEBERS Meinung giebt es faſt gar keine Ausnahme von der Regel: *victus victori reſtituere debet litis expenſas!* — SCHMIDT und BORST finden jener Ausnahmen ſchon mehrere — HENNEMANN und EMMRICH begünſtigen noch mehr die auf dem Wege des Civilproceſſes überwundene Parthey, wobey vorzüglich letzter ſich beſtrebt, der vagen richterlichen Willkühr engere Schranken zu ſetzen, damit nicht das allzu gelind ſcheinende Princip: „nur der *temere* litigans, nur der *improbus* litigator, nur der *calumniator*, d. h. der einer *groben Schuld*, oder des *böſen Willens*, ſchuldig befundene Beſiegte, erſtattet dem Sieger die Proceſskoſten," den letzten, gegen die Abſicht der Geſetze, ungerecht verkürze. Jedem das Seine! Wandern wir ſelbſt in das Gebiet der Geſetze!

§. s.

Die in dem §. q. aufgeſtellte allgemeine *Regel* vorausgeſetzt, erklärt

I) die teutſche Geſetzgebung: „*es ſoll* die Vergleichung der Unkoſten *ohne genugſame Urſachen* in den Urtheilen nicht geſchehen [133]).

Auf

[133]) *Viſitations-Abſchied* v. J. 1713. §. 82. M. ſ.

Auf gleiche Weise spricht eine Stelle in dem Concept der Cam. Ger. Ord. v. Jahr 1613 [134]), und zeigt wenigstens auf den Geist hin, welcher dazumal die Lehre von der Compensation der Processkosten beherschte.

Dort und hier aber spähet man vergeblich nach einer nähern Bezeichnung der *genugsamen* Ursachen, will man davon absehen, dass mehrere andere Reichsgesetze in Hinsicht auf die streitende *arme* Parthey

s. die Note 129. zu dem §. q. Dass diese reichsverfassungmässig dem R. C. Ger. gesetzlich vorgeschriebene materielle Norm, der früheren Vorsehung in dem R. Absch. v. Jahr 1654. §. 137. gemäs, eine Quelle der Theorie des teutschen gemeinen Processes geworden sey, läst sich eben so wenig als das mit Grund bezweifeln, dass jene Vorschrift auch nach der Auflösung des Reichsverbandes in denjenigen teutschen Ländern als einmal aufgenommenes Landesgesetz gültig und wirksam verbliebe, wo eine neue Gesetzgebung dieselbe nicht verdrängte.

134) P. III. Tit. LIX. §. 9. V. „Demnach aber hierbey befunden, dass u. s. w. auch die Compensationes derselben (Unkosten) *gar zu sehr gemein im Brauch*, so wird u. s. w. auferlegt und befohlen — — auch *leichtlich nicht ohne genugsame Ursache* die Expens zu compensiren.“

Parthey deren *freventliches*, *muthwilliges*, *unbilliges*, *Umtreiben*, *Umziehen in Rechten*, mit einer Leibesstrafe belegt wissen wollen, *im Fall selbige die Kosten zu bezahlen nicht vermöge* [135]).

Man muſs alſo auch

II) auf die recipirten fremden Hülfsrechte hinſehen, um hier nähern Aufſchluſs und Ergänzung zu finden.

Von ihnen ſpricht

1) das Römiſche Recht, nachdem JUSTINIAN den Richter auf ein früheres Geſetz des ZENO verwieſsen hat: *ſi tamen perſpexerit* (judex) *neutrum* (litigatorum) *ſumtuum ſubdere rationi, et propter negotii forte varietatem, hoc ipſum decernat ſua ſententia* [136]); und jene bezogene Verordnung des Kayſers ZENO iſt gewiſs

[135]) C. G. O. v. J. 1495. Tit. *Von den Armen-Partheyen.* §. 24. C. G. O. v. J. 1500. Tit. IX. Cam. G. O. v. J. 1555. Thl. I. Tit. XLI. §. 3. M. ſ. a. R. Dep. Abſch. v. J. 1600. §. 8. u. d. f.

[136]) Nov. 82. Cap. 10. Die daher genommene Auth. ad Leg. 15. Cod. de judiciis. 3. 1. ſpricht faſt noch deutlicher: *ſed ſi viderit judex neutrum litigatorum ſubdi debere rationi ſumtuum propter negotii varietatem, ſua ſententia hoc declaret.*

gewiſs die nicht gloſſirte, von Cujaz [137]) aus den Baſiliken hergeſtellte, L. 5. Cod. *de fructibus et litium expenſis.* 7. 51., welche das Hauptprincip an der Spitze hat: *ut quivis judex in ſententia ſua jubeat victum factos in judicio ſumtus praeſtare*, und ſodann in dem §. 1. die Beſchränkungen, *Ausnahmen* [138]), hinzufügt: „*ſi quis*

[137]) In Obſervat. et Emendat. Lib. XII. Cap. 1.

[138]) Emmrich, a. a. O. §. 19. pag. 98. u. d. f. thut dieſem Geſetz und der L. 13. §. 6. Cod. de judiciis 3. 1. offenbar Gewalt an durch die Behauptung: dort und hier werde nur ſoviel ausgeſprochen: „der Richter ſolle in der Definitiv-Sentenz über die Unkoſten ausdrücklich erkennen, und widrigen Falls ſelbſt für dieſe verantwortlich werden.“ Allerdings verordnen zwar dieſes jene Geſetze; allein eben ſo klar gebieten ſie zugleich: „*den Beſiegten ſolle der Richter in die Unkoſten ausdrücklich verurtheilen.* Beydes beſtehet eben ſo gewiſs recht wohl mit und neben einander, als es mit den *frühern* Geſetzen, §. 1. Inſt. de poena temere litig. 4. 16. L. 79. Dig. de judiciis. 5. 1. und L. 78. §. 2. Dig. de legatis. II. 31., ohne Widerſpruch ſich vereinigen läſst. Denn beyde erſtere enthalten nur das Hauptprincip für die *Ausnahmen* von jener Regel, und das letzte ſetzt ſogar *dieſe voran*, inſofern es überhaupt Betracht verdient. M. ſ. die Note 140.

Zu-

quis vero conventus b o n a *f i d e ſolverit, aut actor lite deſtiterit, aut etiam judex inveniat eum* n o n c a l u m n i a t o r e m, *ſed* d e r e d u b i a *litigantem, hic evitabit expenſarum condemnationem.*"

Mehr ſpecielle Gründe, welche den Beſiegten gegen die Verurtheilung in die Proceſskoſten *ſichern ſollen*, ſtellen die Römiſchen Geſetze nicht auf, ſondern ſie äuſsern nur noch in mehreren Stellen: der

Zudem gehen die Geſetze des Codex den Inſtitutionen und Pandecten bekanntlich vor, und das in der Note 233. angezogene uns zunächſt liegende teutſche Geſetz ſchlieſst wohl jeden gegründeten Zweifel an dem Daſeyn jener in dem §. q. aufgeſtellten Regel aus. Eben ſo gewaltſam will HENNEMANN a. a. O. pag. 11. u. d. f. dieſes Hauptprincip aus der L. all. 13. §. Cod. 3. 1 mit dem Grund verdrängen, „weil das Geſetz nur beſtimme: *wieviel* Unkoſten dem Sieger zu erſtatten wären." — Umfaſst denn dieſe Beſtimmung nicht zugleich die Vorſchrift: „*daſs dem Sieger* jener Aufwand zu vergüten iſt, und daſs alſo der *Beſiegte* zu deſſelben Erſtattung verurtheilt werden ſoll?" — Muſs denn jedes Geſetz immer nur einen einfachen Satz ausſprechen? Beſtimmt es: *wieviel* der Beſiegte erſetzen ſolle, ſo wird ja *die Zwangspflicht zu dem Erſatz* deutlich genug unterſtellt und eingeſchloſſen.

„der *temere litigans*, der *improbus litigator* [139]), is qui temere adverſarium vocavit in judicium [140]), ſolle ſeinem Gegner

[139]) §. 1. in fine Inſt. de poena temere litigantium. 4. 16.

[140]) L. 79. Dig. de judiciis. 5. 1. Man pflegt hierbey auch PAPINIANS in der L. 78. §. 2. Dig. de legatis. II. 3. enthaltenen Worte: „Etiam respublica fideicommiſſi poſt moram uſuras praeſtare cogitur; ſed damnum, ſi quod ex ea re fuerit ſecutum, ab his ſarciendum erit, qui *poſt dictam ſententiam judicatum ſolvere ſuperſederunt*. Nec aliud ſervabitur in *litis ſumptibus*, ſi *ratio litigandi non fuit; ignaviam* enim praetendentes audiri non oportet," als Beweisſtelle anzuziehen; allein ſie ſpricht offenbar nicht von dem Verhältnis der *ſtreitenden Theile*, ſondern von dem Verwalter fremden Vermögens, welcher *den Principal* durch nachläſſig verzögerte Zahlung einer liquiden Schuld, oder durch hiergegen eigenmächtig aufgeſtellte grundloſe Ausflüchte, Schaden und Unkoſten zuzoge. Wegen dieſer ſoll er *ſeinem Principal* verantwortlich ſeyn, weil, vorzüglich auf jene Zögerung zurückgeſehen, (qui poſt dictam ſententiam judicatum ſolvere ſuperſederunt) Faulheit ihn nicht entſchuldigen könne. Mit dem Blick auf jenes Verhältnis ſpricht PAPINIAN weiter: „*Quod in tutoribus quoque probatur*," und in Rückſicht auf dieſe Verwalter fremder Geſchäfte wird z. B. in der L. 9. §. 6. Dig. *de adm.*

ner ſowohl die Schäden als die Proceſskoſten erſetzen, ingleichen der Calumniator ſolle in die Proceſskoſten verurtheilt werden" [141]).

Auf

adm. et peric. tut. 26. 7. deutlich verordnet, daſs der auf eine gegründete, ihm bewuſste, Schuld ſeines Pflegebefohlnen belangte, jedoch deshalb in einen ſupervacaneam litem eingehende, Tutor den dadurch entſtandenen Aufwand nicht in Rechnung bringen dürfe. Uebrigens aber iſt ſoviel gewiſs gegründet, daſs ignavia eine gröbere Schuld als die leviſſima und levis bezeichnet. L. 3. §. 18. L. 4. §. 4. Dig. de ſuſpectis tutoribus. 26. 10. L. 2. §. 41. Dig. ad Sctm. Tertyllianum. 38. 17. coll. L. 7. §. 1. Dig. de ſusp. tutor. 26. 10. §. 6. et 13. Inſt. ejusd. tit. I. 26. Denn dem Tutor wird ja überhaupt *nur die culpa vel negligentia in ſpecie* zur Laſt gerechnet, welche eine Verletzung des *Hausſleiſses* in ſich faſst. G. in Exerc. ad doctr. de culpa. Faſc. I. exerc. VIII. §. 2. u. d. f. u. exerc. IX. §. 2. d. dort. Geſ.

[141]) L. 1. §. 1. Dig. de vacatione munerum. 50. 5. L. 6. Cod. de adminiſtrat. tutor. 5. 37. L. 33. §. 8. Cod. de epiſcop. et clericis. 1. 3. L. 6. Cod. de fruct. et lit. expenſis. 7. 57.

Die Geſetze, welche blos von *peinlichen* Anklagen ſprechen, gehören wohl nicht *hieher*; obgleich dieſelben Auffchluſs über den *Begriff* der Calumnia und Temeritas geben können.

Auf faſt gleiche Weiſse ſprechen

2) mehrere Stellen in dem Canoniſchen Rechte. So ſagt ein Geſetz: *Calumniam et audaciam temere litigantium condemnando in expenſis et alio multiplici remedio ſanctio imperialis compeſcit. Quoniam igitur —— praecipimus, ut de cetero in cauſis pecuniariis victus victori in expenſis condemnetur* rel.; ein anderes aber, unter dem vorgeſetzten Grund, die Länge und Koſtſpieligkeit der Proceſſe zu mindern: „*praeſenti decreto ſtatuimus, ut poſtquam intentionem ſuam altera pars fundaverit, ſi reliqua forte voluerit legitimam exceptionem opponere, quam nolit aut nequeat in continenti probare, quia frequenter ad impediendum vel differendum proceſſum exceptiones hujusmodi per excogitatam malitiam opponuntur, ad ſolvendas alteri parti moderatas expenſas extunc in judicio faciendas, cum acceptis induciis, ſi forſitan in probatione defecerit, condemnetur*“ [243]). Ferner ſpricht ein Geſetz ſich dahin aus: „*Verum quoniam —— non attendentes, mali-*

[242]) Cap. 4. X. de poenis. 5. 37.

[243]) Cap. 5. X. de dolo et contumacia. 2. 14.

malitiam et dolum nulli patrocinari debere, mandamus, quatenus — — expenſas, quas propter hoc monachi feciſſe noſcuntur, eas a canonicis reſtitui facientes [144]); und auf ähnliche Weiſe: — — *non immerito is, qui — dolo vel fraude adverſarium ſuum laborare coegit, in expenſis damnari debet eidem* [145]).

Aus dieſem allen folgt aber noch wenig Klarheit. Denn ſiehet man ab von der in der Nov. 82. Cap. 10, erwähnten *varietas negotii*, mit welcher wohl die in der L. 5. §. 1. Cod. *de fruct. et lit. exp.* gedachte *res dubia* gleichviel iſt, und ſtellt man die in eben dieſem Geſetz, dieſes auch als Norm betrachtet, aufgezählten *einzelnen Fälle* zur Seite [146]), ſo bleibt nichts

[144]) Cap. 2. X. ej. tit. 2. 14.

[145]) Cap. 3. in fine X. de reſcriptis. 1. 3.

[146]) Die auf den Röm. Proceſs zunächſt anwendbare L. 5. all. ſpricht in den Worten: „*ſi quis vero conventus* etc. — — *hic evitabit impenſarum compenſationem*," *lediglich und allein* von dem *Beklagten*, keinesweges aber enthält ſie einen Fall, in welchem der *Kläger* mit der Erſtattung der Unkoſten zu verſchonen wäre. Der erſte vage Satz: *ſi quis conventus bona fide ſolverit*, unterſtellt wohl, daſs der erſt dnrch

nichts übrig, als das von Weber und Schmidt hart bekämpfte Princip: „*welcher ſtreitende Theil*

durch die vocatio in jus interpellirte und von ſeiner Verbindlichkeit unterrichtete Beklagte ſofort ſo bereitwillig und redlich zahlt, daſs es nur einer auſsergerichtlichen Mahnung bedurft hätte. Der zweyte Satz: *aut actor lite deſiiterit*, kann nur ſoviel ſagen ſollen: im Fall der Kläger den Proceſs fallen läſst, ſo darf der Beklagte nicht in die Unkoſten verurtheilt werden, vielmehr trifft dieſes den Kläger ſelbſt. „*Deſiſtere enim eſt, de negotio abſtinere, quod calumniandi animo inſtituerat*" L. 10. Dig. de judiciis. 5. 1. Und wie *könnte*, wie Weber glaubt, das Geſetz ſagen wollen: *hic actor evitabit impenſarum condemnationem?* Auch der dritte Satz: *aut etiam judex inveniat eum non calumniatorem rel.*, ſiehet auf den *conventum* zurück, und ſpricht, in Verbindung mit den Worten: „*ſed de re dubia litigantem*" aus: *der* Beklagte, welcher ſich nicht aus Chicane vertheidiget, *vielmehr*, (ſed) weil er nicht zu miſsbilligende, in den Acten vorliegende, Gründe hat, an der Exiſtenz der ihm angeſonnenen Verbindlichkeit zu zweifeln, und zwar Gründe, welche bey der Abfaſſung der Definitiv - Sentenz des urtheilenden Richters Betracht verdienen, (*aut judex inveniat eum rel.*) *hic evitabit impenſarum condemnationem. Anwenden* läſst ſich übrigens dieſes auch auf den Kläger, *inſoferne* dieſer *als Beklagter zu beurtheilen iſt.*

Theil frey ist von dem dolus und der Culpa lata, der ist zu der Erstattung der Processkosten an den siegenden Gegner nicht verbunden [147]," und immer bleibt noch die grosse und wichtige Frage unentschieden: *woran* läſst sich erkennen, daſs dem besiegten Theil weder ein dolus, noch eine culpa lata, d. h. weder Calumnia, noch Temeritas, beygemessen, werden könne? — welche Fälle sind es also, in welchen der Richter berechtiget ist, von der Regel § q. abzuweichen, und die Unkosten zu compensiren? — Ehe aber dieses sich beantworten läſst, sind noch manche Hindernisse zu beseitigen.

§. 1.

Wenn Weber [148]) und Schmidt [149]) es bezweifeln, daſs in den angezogenen Gesetzen [150]) der Begriff der Temeritas soviel bezeichne als Leicht-

147) Ob als erstes Hauptprincip der ganzen Lehre, oder als Grundregel der *Ausnahmen* von der Hauptregel? kann hier zur Seite gestellt werden.

148) a. a. O. §. 3. *d.* pag. 39. u. d. f.

149) a. a. O. §. 12. pag. 54. u. d. f.

150) §. 1. Inst. de poena temere litigant. L. 79. Dig. de judiciis.

Leichtsinn, Leichtfertigkeit, ein unbesonnenes Wagen, Verwegenheit, Muthwillen, das Handeln in das Tagslicht, in das Gelag, in das Blaue hinein u. dergl., wenn erster das dort zu lesende *temere* nur mit *vergeblich, ohne Erfolg, frustra*, gleichviel hält, letzter aber eine culpam levem dortmit bezeichnet wissen will, so thun beyde der Sprache und den Gesetzen der Römer offenbar Gewalt an. Man nehme nur den GESSNER, SCHELLER und Consorten, zur Hand, vergleiche mit derselben Nachrichten die von EMMRICH [151]) aus Römischen Prosaikern und Dichtern ausgehobenen und eine Menge in JUSTINIANS Gesetzsammlung befindlicher Stellen [152]), um jenen Vorwurf *non temere* zu finden. Denn vorzüglich nach diesen Gesetzen ist es klar, daſs die Temeritas an die Calumnia, Chikane, böswillige Streitsucht, nahe angränzt, in das Gebiet der culpa lata gehört, von *dieser* eine *Abart* ist, weit entfernt

151) a. a. O. §. 8. pag. 41. u. d. f.

152) Z. B. L. 1. §. 5. Dig. ad Sctm. Turpill. 48. 16. L. 7. Dig. ad leg. Jul. Majest. 48. 4. L. 57. §. 1. Dig. de adquir. vel omitt. hered. 29. 2. L. 41. Dig. de recept. 4. 8. L. 58. Dig. solut. matr. 24. 3. L. 3. §. 2. et 3. Dig. ad leg. Corn. de sicariis. 48. 8. L. 18. Cod. qui accus. non poss. 9. 1. L. 4. Cod. de obseq. patr. praest. 6. 6.

fernt aber von dem *geringsten* Versehen, und selbst von dem *geringen* eines *vorsichtig* und *bona fide* handelnden Menschen [153]. Ja insoferne man auch *absichtlich*, *bösvorsätzlich*, ein *Wagestück* unternehmen kann, um sich einen unerlaubten Vortheil zu verschaffen, wenigstens eine schändliche Leidenschaft zu befriedigen und einem andern Schaden oder Plage zuzufügen, verstehen die Gesetze unter *temeritas* und *audacia* sogar die wahre Calumnie, die *dolose* Streitlust [154], nennen jedoch diese auch evidentem calumniam, impudentem calumniantium audaciam, ex-

153) Nach L. all. 1. §. 5. Dig. 48. 16. lehrte Papinian: „temeritatem *facilitatis* veniam continere, et *inconsultum calorem* calumniae vitio carere." Jene facilitas bezeichnet aber offenbar *Leichtsinn*, und der *inconsultus* calor eine *unbesonnene* Hitze. Papinian scheidet hier die temeritas in specie von der bösabsichtlichen Chicane; er sagt: letztere verdiene eine *öffentliche Strafe*, erstere hingegen sey, weil der dolus ermangele, *dortmit* zu verschonen. Allein stellt er denn jene temeritas der culpae levissimae oder levi gleich? Wie kann Weber a. a. O. pag. 39. *dieses* Gesetz für seine Meinung benutzen wollen!

154) L. 1. pr. et §. 10. Dig. ad Sctm. Turpill. 48. 16. L. 39. §. 1. Dig. de liberali causa. 40. 12. Cap. 4. X. de poenis. 5. 37.

excogitatam malitiam [155]), und unterſcheiden [156]) hiervon ausdrücklich temeritatem im ſpeciellen Sinn, als eine vom böſen Vorſatz zwar freye, jedoch grobe, leichtſinnige, oder leidenſchaftliche, mit der bona fides nicht vereinbare, Unbeſonnenheit [157]). Daher will

155) L. 1. §. 3. Dig. ad Sctm. Turp. 48. 16. L. 65. Dig. de condict. indebiti. 12. 6. Cap. 4. et 5. X. de poenis. 5. 37.

156) *Improbus* litigator iſt ſowohl der eigentliche bösvorſätzliche Chicaneur, Calumniant. L. 6. Dig. *ad legem Jul. de vi priv.* 48. 7. L. 2. § 6. Cod. *de jurej. propt. calumn.* 2. 59. Emmrich, a. a. O. §. 8. pag. 37. u. d. f., als der temere, culpa lata, in den Proceſs eingehende ſtreitende Theil. Denn *improbitas* bezeichnet das Abſeyn der *probitas*, Redlichkeit, Ueberzeugung von der Rechtlichkeit, oder, was gleichviel iſt, der *bona fides.* Dieſe aber bildet den Gegenſatz des doli, der malae fidei, L. 5. Cod. de reſcindenda emt. vend. 4. 44. L. 48. §. 1. Dig. de adquirendo rer. dom. 41. 1. und dem dolus ſtehet in *Privatrechts* Verhältniſſen die grobe Schuld gleich, ſo daſs, wo der dolus genannt wird, die culpa lata mit inbegriffen iſt, und umgewendet. G. in exerc. ad doctr. de culpa. Faſc. I. exerc. IX. §. 2. nr 11. daſ. Geſ. pag. 108 u. d. f.

157) L. all. 1. §. 3 et 5. Dig. ad Sctm. Turp. 48. 16. So wie jede culpa hat auch die lata verſchiedene *Quellen*, z. B. ſowohl Geiſtes- und Körper-Trägheit, als unbeherrſchte Heftigkeit u. ſ. w.

das *non temere* soviel sagen als, *nicht leichtlich*, *nicht so geradezu*, *nicht so obenhin* [158]); und weil die Folgen der auf das Geradewohl unternommenen Handlungen gleichsam von dem Zufall abhängen, dergleichen Unternehmungen daher oft ihren Zweck verfehlen, weil sie nicht von überdachten Gründen ausgehen, so bezeichnet das *temere* allerdings bisweilen auch soviel als, *zufällig*, *vom Ungefähr*, *vergeblich*, *grundlos*, u. dergl., hingegen das *non temere* soviel als, *nicht zwecklos*, *nicht vom Ungefähr*, *nicht ohne Grund* [159]). Dieses aber lösst den Ur- uud Hauptbegriff der temeritas eben so wenig auf, als das von Weber dagegen angezogene einzige Gesetz [160]) den Sinn der angezogenen Gesetze auch nur im mindesten zu stöhren vermag. Denn es ist daselbst von der Restitutiou gegen die nachtheiligen Folgen

[158]) Z. B. L. 64. Dig. de reg. jur. 50. 17. L. 41. Dig. de fideij. 46. 1. L. 1. §. 4. Dig. de dolo malo. 4. 3. L. 3. §. 4. Dig. ubi pup. ed. deb. 27. 2.

[159]) Z. B. L. 27. Dig. de hereditatis petitione. 5. 3.

[160]) „Si tamen *temere* separationem petierunt creditores defuncti, impetrare veniam possunt, justissima scilicet ignorantiae causa allegata.“ L. 1. §. 17. Dig. de separationibus. 42. 6.

gen einer *temere* [261]), d. h. ohne vorgängige Prüfung, unternommenen Handlung die Rede, welche für nicht geschehen angesehen werden soll, falls der sich täuschende Gläubiger sein Nichtbekanntseyn mit dem Gehalt der auf sein Verlangen separirten Vermögens-Masse zu rechtfertigen vermöge; und dass das temere auch hier auf *Mangel an Bedachtsamkeit* hinzeige, keinesweges aber weiter nichts, als „*vergeblich*," „*fruchtlos*," sagen solle, ergeben die vorhergehenden Worte: „sibi debet imputare suam *facilitatem* [262])," klar genug. Ist es denn aber in allen Fällen juristisch *unmöglich*, in Hinsicht auf eine von Aussen als leichtsinnig, leichtfertig, sich darstellende Handlung solche Gründe nachzuweissen, welche jene anscheinende Unbesonnenheit rechtfertigen? Wie wann jener die Separation geradezu fordernde Gläubiger abwesend war, der defunctus debitor aber in dem allgemeinen Gerücht eines reichen Mannes stande, und dieses Gerücht ihn vielleicht verleitet hatte, auf die Scheidung des nachher überschuldet befundenen Vermögens anzutragen? Wenigstens lehrt auch ein zweytes Gesetz, dass

[261]) Borst a. a. O. §. 32. pag. 88.

[262]) Conf. §. 3. in fine Inst. quib. mod. re contrahitur obligatio. 3. 15.

dafs man gegen eine unbesonnene Handlung aus einem gesetzlichen Restitutions-Grund — ex justa causa — z. B. Minorennität, in den vorigen Rechtsstand wieder eingesetzt werde [163]).

§. u.

Ein anderer von Weber [164]) aufgestellter Einwand gehet dahin: dafs wenn gleich mehrere Gesetze aussprechen, der *temere litigans und calumniator erstatte dem Gegner die Processkosten*, und wenn man auch annehmen wollte, *temeritas sey mit culpa lata gleichviel*, desungeachtet, da jene Gesetze nicht *so* verfasst sind: *nur* der temere litigans und calumniator sey in die Procefskosten zu verurtheilen," *der* Satz nicht *ausgeschlossen* sey: „auch eine geringere als die grobe Schuld begründe jenes Erkenntnis gegen den Besiegten."

An sich betrachtet ist dieses allerdings vollkommen gegründet, und wurde als Princip, von

[163]) „Majori tamen viginti annis, *si minor viginti quinque* (annis), *ex hac causa* succurrendum, si *temere* auditorium receperit, multi dixerunt." L. 41. in fine Dig. de receptis et qui arb. receperunt. 4. 8.

[164]) a. a. O. §. 3. *d.* pag. 40. u. d. f.

von dem Verfasser dieser Abhandlungen an einem andern Ort [165]) mit folgenden Worten behauptet: *Cum minus id, quod plus est, nequaquam sub se comprehendat, illudve excludat, nullo prorsus modo licet conjicere, „eum, cui doli et culpae latae praestatio, non adjecta speciali determinatione, imposita est, ad culpae levis aut levissimae praestationem non obligatum esse“* [166]). *Non magis sequitur, propterea, quod lex simpliciter culpam levem praestandam esse praescribat, culpam levissimam ejus praescripto excludi* [167]). *Saepissime potius fieri potest, ut aliis legibus id, quod plus est, specialiter suppleatur* [168]), *aut ex generalioribus quae de culpa valent principiis* [169]) *colligendum sit.“*

Wo

[165]) In Exercit. ad doctrinam de culpa. Fasc. I. exerc. IX. §. 4. pag. 120.

[166]) E. g. L. 10. Dig. mandati. 17. 1. L. 10. Cod. de procuratoribus. 2. 13.

[167]) E. g. L. 32. Dig. de negotiis gestis. 3. 5.

[168]) E. g. L. all. 32. coll. §. 1. Inst. de obligat. quae quasi ex contr. nasc. 3. 28.

[169]) L. 5. §. 2. et L. 18. pr. Dig. commod. vel contra. 13. 6. §. 4. Inst. quibus mod. re contr. obl. 3. 15. add. L. 44. Dig. ad legem Aquiliam. 9. 2.

Wo aber ſind nun die Geſetze, welche von einer den Beſiegten zu dem Koſtenerſatz verpflichtenden *geringern* Schuld ſprechen? *Davon* ſchweigen ſie überall. Ein einziges Geſetz [170]) erwähnt einer *culpa* des Klägers *ſchlechthin*; und verſtehet man hierunter die *culpa in ſpecie*, als Gegenſatz des dolus und der culpa lata, ſo könnte dieſelbe auch die levem und leviſſimam bezeichnen [171]). Allein eines Theils beziehet ſich jene Culpa auf das *Nichterſcheinen* des Klägers, auf deſſen *Ungehorſam* [172]), und andern Theils ſpricht das Geſetz unmittelbar nachher ſofort von der Calumnia, ſo daſs ſich ergiebt, das vorhergehende Wort *culpa* bezeichnet die, auch den böſen Vorſatz und die grobe Schuld unter ſich begreifende, culpa im *allgemeinen* Sinn [173]).

Es

[170]) L. 2. Cod. de fruct. et lit. expenſ. 7. 51.

[171]) G. a. a. O. Faſc. I. Exerc. IX. §. 2. nr. II. d. dort. Geſ. coll. pag. 8.

[172]) „Daſs die Contumacial-Koſten (§. d. nr. 1.) aus einem beſondern Geſichtspunkt zu betrachten und nicht nach dem die Unkoſten der ganzen Sache (§. d. nr. 3.) beherrſchenden Princip zu beurtheilen ſind," folgt aus dem Inhalt des §. aa.

[173]) E. von Loehr, in der Theorie der Culpa. §. 1.

Es ſcheint aber Weber des Hülfsmittels anderer ſpeciellen Geſetze gar nicht zu bedürfen, ſobald man den ferner von ihm [174]) aufgeſtellten Satz beyſtimmen müſste: „die dem Sieger zu erſtattenden Proceſskoſten ſeyen nicht als eine *Strafe*, ſondern als Erſatz des *Schadens*, anzuſehen, welchen jenem der Beſiegte durch eine vergebliche Proceſsführung veranlaſst habe.“ Denn alsdann bleibt der Recurs zu den allgemeinen Geſetzen vom Schadens-Erſatz noch übrig, und dieſe verordnen allerdings, daſs auſser Contracts-Verhältniſſen jede in dem Rechtsgebiet eines andern unternommene freye ſchädliche Thätigkeit, liege ſolcher auch das geringſte Verſehen, der Mangel an der höchſten Vorſicht, zum Grund, die Zwangspflicht zu der Vergütung des damni injuria dati als Folge nach ſich ziehen ſolle [175]).

Vorausgeſetzt jedoch, das Verhältnis der Proceſsführung mit dem Gegner begründe keine den vertragmäſigen Verbindlichkeiten ähnliche Verpflichtung [176]) — vorausgeſetzt, die Proceſskoſten ſeyen nur den *Schäden* beyzu-

174) a. a. O. §. 3. *b*. pag. 15. u. d. f.

175) L. 44. Dig. ad legem Aquiliam. 9. 2.

176) Martin, §. 144. Lit. Not. h.

zuzählen, und es lasse sich, wie hiermit geschiehet, ganz zur Seite schieben, daſs a) Justinian die Erstattung der Proceſskosten nur als *Surrogat* der vormals gegen die Calumnianten Statt findenden, einen Zehntheil des Streitobjects betragenden, Strafe verordnet hat [177]), und daſs b) nicht nur das Römische [178]) und Canonische [179]) Recht von den Proceſskosten unter der Rubrik handelt: de *poena* temere litigantium, und de *poenis*, sondern auch die väterländischen Gesetze [180]) den

177) M. s. Hennemann, a. a. O. §. 5. u. d. f.

178) Inst. Lib. III. Tit. XVI.

179) Decret. Greg. Lib. V. Tit. XXXVII.

180) Cam. Ger. Ord. v. J. 1580. Art. IX., in den Worten: „und sie *die Kosten nicht zu bezahlen hätten*, mit *anderer Straf*, nach Gröſse und Gelegenheit der Person und der Verhandlung zu strafen." Und ehe in Teutschland die Gerichtssporteln regulirt wurden, muſste der unterliegende Theil dem Richter die *Wette* zahlen, welche nichts anders als eine *Strafe* war. Hauschild, Gerichtsverfassung der Teutschen. §. 5. pag. 14., daher das *S. Landr.* Lib. III. art. 39. verordnet: *Will er nicht antworten, noch mit Recht sich entreden, daſs er nicht antworten darf, so theilet man ihn wetthaftig.*

Ein neueres Reichsgesetz hingegen scheint die Proceſskosten von der *poena* temere litigantium sogar *zu scheiden*. R. A. v. J. 1654. §. 119.

den Begriff einer *Strafe* dortmit zu verbinden ſcheinen — ſo folgt dennoch nicht, daſs, weil man die dem Sieger veranlaſsten Porceſskoſten in das Gebiet der illegalen Schäden verweiſsen müſſe [281]), der Beſiegte in Rückſicht auf

[281]) Allerdings läſst ſich nicht wohl verkennen, daſs die Geſetzgeber hierunter von einer ſcharfen Sonderung und Beſtimmung entfernt blieben, und höchſt wahrſcheinlich in der Lehre von dem *Erſatz* der Proceſskoſten unter poena nur den *Nachtheil* verſtanden, welcher den temere litigans treffen ſolle, ſo wie in der L. 1. D. *de eo* rel. 2. 10. die Leiſtung des Intereſſe eine *Züchtigung* und *poena* doli genannt wird. Weber, a. a. O §. 3. *b.* pag. 19. u. d. f. Auch entſpricht es der Natur einer Strafe im ſpeciellen Sinne durchaus nicht, deren Gröſse durch einen Eyd des Beſchädigten auszumitteln, wie doch in Anſehung der zu erſtattenden Proceſskoſten wirklich der Fall ſeyn kann. Nov. 82. Cap. 10. L. 13. § 6 Cod. *de judiciis* 3. 1. Es vermag auch der Umſtand, daſs die Geſetze die Proceſskoſten neben den durch den Rechtsſtreit auſser jenen veranlaſsten Schaden zu erwähnen pflegen, und gewiſſer Maſen hiervon ſondern, §. 1. in fine Inſt. de poena temere litig. 4. 16. Cap. 8. X. de injuriis et damno dato. 5. 36., eine Aenderung jener Anſicht um ſo weniger zu begründen, da beyde *als Schäden*, als Arten einer Gattung, allerdings ſich unterſcheiden laſſen, und da die in Cap. cit. 8. enthaltenen Worte:

auf die Unternehmung und Fortführung des Processes culpam *levissimam*, oder auch nur *levem*, zu prästiren habe. So wie nemlich in Contracts - Verhältnissen die in Bezug auf diese zur Hand genommene Aquilische Klage nur auf *den* Grad der Schuld gegründet werden kann, welchen das *vorliegende* Rechtsgeschäft recipirt [182]), so findet man sogar in den Gesetzen Beyspiele, wo *wegen eines* ausser den Gränzen eines Vertrags zugefügten *damni*

Worte: *restauratio* damnorum et *satisfactio* expensarum eher auf eine *gleiche* als *verschiedene* Natur hinzeigen. Auch spricht die L. 5. Cod. all. 7. 51., und zwar im *ausschliesslichen Bezug* auf des Richters Pflicht, die besiegte Parthey in die *Processkosten* zu verurtheilen: *quod si judex hoc non fecerit, ipse parti victrici damnum illud compensare cogitur*, und in den Sächsischen Processordnungen findet man ähnliche Spuren. SCHWEITZER, in dem Lehrbuch des Sächs. Proc. §. 34. pag. 74. not. 68.

Die vermeintlich wichtigen Folgen dieser Controverse verschwinden wohl gänzlich, gehet man von dem Princip aus: dem Besiegten wird eine culpa levissima oder levis nicht zur Last gerechnet, sondern die bona fides, *objectiv* genommen, sichert ihn gegen die Anwendung der Regel.

182) G. in Exerc. ad doctr. de culpa. Fasc. I. Exerc. I. §. 12. pag. 25. leg. not. 1. et 2.

ni injuria dati zwar die actio ex lege Aquilia Statt finden ſoll, jedoch *nicht* wegen einer culpa leviſſima oder levis, ſondern *nur dann*, wann der Verletzende einer *gröbern* Schuld überführt werden könne [183]). Dieſes nun, „daſs auch in Betracht eines auf dem Wege des gerichtlichen Proceſſes dem Gegner durch veranlaſsten Koſtenaufwand zugefügten Schadens *nur die mala fides* als Grund der Zwangspflicht, jene Vermögens-Minderung zu vergüten, aufzufaſſen ſey," iſt dem Geiſt der Römiſchen Geſetze ſehr angemeſſen, da jeder, welcher ohne Chikane, und ohne leichtfertige Streitluſt, mithin bona fide, zu einem gerichtlichen Rechtsſtreit ſich entſchlieſst, nur *darauf* ausgehet, das zu ſichern, was er, nach einer *objectiv* zu entſchuldigenden redlichen Ueberzeugung, für *einen Theil ſeines Vermögens* anſiehet, das objectum litis *als einen Beſtandtheil hiervon behandelt*, und weil in dergleichen Fällen die Culpa leviſſima oder levis eine Verantwortung des redlich-irrenden nicht nach ſich ziehen ſoll [184]). Auch ſtellen

[183]) L. 12. §. 6. L. 13. Dig. de liberali cauſa. 40. 12. coll. L. 13. §. 1. Dig. ad leg. Aquil. 9. 2. et L. 54. §. 2. Dig de adquir rer. dom. 41. 1. G. l. c. Faſc. II. exerc. III.

[184]) L. 25. §. 11. L. 31. §. 2. Dig. de heredit. pet. 5.

ſtellen die Röm. Geſ überhaupt das Princip auf: „man könne nicht verlangen, daſs jemand aus Beſorgnis, einen Schaden zu veranlaſsen, ſo leichthin auf ein bona fide ſich beygelegtes Recht Verzicht leiſte [185])," und es iſt hiermit der geſetzliche Grundſatz verwand: *qui ſine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere* [186]).

Noch verdinet auch der von Weber [187]) vorgebrachte Einwurf Betracht: daſs dem gewinnenden Theile, von der Zeit der Litisconteſtation angerechnet, nach Vorſchrift der Geſetze, alles das vergütet werden ſolle, was ihm nicht entgangen ſeyn würde, hätte ſich der Verliehrende gleich zu Anfange des Streits zu

5. 3. Wer aber überzeugt iſt, und ohne Verletzung der *objectiven* bona fides überzeugt *ſeyn konnte*, es ſtehe ihm eine Klage oder Einrede zu, verdient auch Entſchuldigung, wann er derſelben Gegenſtand als einen Theil ſeines Vermögens behandelt. L. 49. et 142. Dig. de verb. ſignific. 50. 16. L. 15. Dig. de regulis juris. 50. 17.

185) L. 40. pr. Dig. de hered. petit. 5. 3.

186) L. 63. Dig. de regulis juris. 50 17. L. 24. pr. Dig. de uſuris. 22. 1. Schöman, in den Fragmenten, u. ſ. w. Jen. 1814. §. 13. pag. 42. u. d. f.

187) a. a. O. §. 5. pag. 52.

zu dem bequemt, was jezt Urtheil und Recht ihm zur Pflicht machen, ſo daſs derſelbe nur für *den* Schaden nicht hafte, welcher in eigentlichen Unglücksfällen ſich gründet [188]. Allein auch hier gehen die Geſetze von der bona und mala fide aus [189], und verordnen zwar, „es ſolle der *überwundene* Beklagte, von dem Anfang des Proceſſes an gerechnet, als Beſitzer im böſen Glauben beurtheilt werden," dieſes jedoch gewiſs nur zu *dem Zweck*, damit derſelbe, ſobald er auf die Herausgabe eines Objects belangt iſt, *ſolches* nicht vernachläſſige und verſchleudere, vielmehr, in Erwägung der *Möglichkeit*, daſs ſeinem Gegner jener litigiöſe Gegenſtand zugeſprochen werde, dieſen vorſichtig zu erhalten ſuche [190]. Es beſtehet mithin die Verletzung *dieſer* Pflicht, dieſe mala fides, *ganz beſonders und verſchieden* von derjenigen *der Proceſsführung;* indem, auf letztere hingeſehen,

188) L. 40. Dig. de hereditat. petitione. 5. 3.

189) Ex diverſo quoque, ſi pauciores *poſtea* poſſidebit, quam initio poſſidebat, ſi modo id *ſine dolo* ejus acciderit, abſolvi debet, rel. L. 41. pr. Dig. ej. tit. 5. 3.

190) Gönner, in dem Handbuch, Thl. II. Abh. XXXV. Emminghaus ad Cocceji jus civil. contr. Lib. VI. Tit. I. Q. XI. not. o. pag. 507.

ſehen, ſolche, weil der Beſiegte erhebliche Vertheidigungs-Gründe für ſich hatte, Entſchuldigung verdienen und die Compenſation der Unkoſten begründen, in Rückſicht auf jene *illegale Behandlung des Objects* im Laufe des Rechtsſtreits aber eine, die Reſtitution aller gezogenen vernachläſſigten Früchte u. dergl. nach ſich ziehende, mala fides vorhanden ſeyn kann. Ueberhaupt iſt es etwas ganz anders, das *zu erſtatten*, was man bona fide aus einer, wie der Ausgang lehrt, einem andern zugehörigen Sache *in ſein Vermögen aufgenommen hat*, als, *ex propriis* ſeinem Gegner einen Aufwand zu vergüten. Letzteres *grenzt an die Strafe*, jenes keinesweges, und es iſt daher juridiſch nicht möglich, von dem einem auf das andere zu ſchlieſsen. Es kann vollkommen gerecht und conſequent ſeyn, den Beklagten in die Erſtattung aller im Laufe des Proceſſes von deſſen Object gezogenen und vernachläſſigten Früchte zu verurtheilen, und *dennoch* die Unkoſten des *Rechtsſtreites* zu compenſiren [191]).

§. V.

191) Ergänzt z. B. der mit einer Erbſchaftsklage aufgetretene Kläger den über ſein Erbrecht geführten Beweis durch einen Erfüllungs-Eyd, ſo können die Unkoſten compenſirt werden, weil daraus, daſs er, ohne jenes Nothmittel,

das

§. V.

Wie aber läſst jene gelinde Norm: „*die bona fides des beſiegten ſtreitenden Theils begründet Koſten-Compenſation,*“ ſich metaphyſiſch rechtfertigen? Die Vernunft ſcheint es auszuſprechen, daſs es als eine ungerechte Handlung betrachtet und von der Geſetzgebung empfindlich geahndet werden müſſe, wenn man den Mitbürger durch ſolche

das behauptete Factum nicht vollſtändig darzuthun vermochte, der Widerſpruch des Beklagten inſoweit ſich rechtfertiget, um dieſen in bona fide zu erblicken. §. bb. Dennoch aber iſt der auf jene Weiſe beſiegte Beklagte in die Reſtitution der von der Zeit des Proceſs-Anfanges an gezogenen und vernachläſſigten *Früchte* zu verurtheilen, weil er, ungeachtet der redlichen Ueberzeugung, nicht dem Kläger gehöre das Streitobject, über ſolches, ſobald als es litigiös wurde, nicht mehr willkührlich gebahren, ſondern ſich *den Fall der Möglichkeit* einer Ueberantwortung an den Gegner denken ſollte, und weil nun *dieſer* Fall durch die Ergänzung des Beweiſes eingetreten iſt. Das vom Kläger erſtrittene Recht mit deſſen Folgen iſt ein Ganzes; ſolches aber iſt *verſchieden* von der als *ſchwankend* vorgelegenen Frage: *gebührt ihm jenes Recht? Dieſe Frage* veranlaſst die Proceſskoſten.

che gerichtliche Klagen oder Einreden in seinem Rechtskreiss stöhrt, welche am Ende von dem zur Beleuchtung und Entscheidung aufgestellten Repräsentanten des Staates, dem Richter, als nicht gegründet befunden werden, und es scheint doch der Gerechtigkeit mehr zu entsprechen, wann der Urheber jener vergeblichen Stöhrung deren nachtheilige Folge tragen muss, als dass derjenige, welcher sein Eigenthum mit Anstrengung und Aufwand durch die Staatshülfe sich sichern musste, auch noch, neben dem damit verbundenen Zeitverlust u. s. w., einen Theil seines baaren Vermögens aufopfern soll [192]).

Stehet nicht jenes Princip — kann man weiter fragen — selbst mit den positiven Gesetzen im Widerspruch, insoferne diese als Regel verordnen: „die Unkenntnis des Rechtes verdiene eben so wenig Verzeihung, als Nichtbekanntseyn mit seinen eigenen Handlungen,“ dabey auch in Hinsicht auf fremde Handlungen, will man aus diesen ein Recht ableiten, eine *genaue* Nachforschung zur Pflicht machen [193])?

Jene

192) Weber, a. a. O. §. 5. pag. 54. Vorzüglichen Betracht verdient Borsts Darstellung der Pflicht zu der Erstattung der Processkosten nach rationellen Grundsätzen, a. a. O. pag. 8 u. d. f.

193) L. 9. Dig. de juris et facti ignorantia 22. 6.

L.

Jene anſcheinende Ungerechtigkeit und dieſer vermeintliche Widerſpruch wird ver-

ſchwin-

L. 42. Dig. de regulis juris. 50. 17. Die Anfangsworte dieſes bündigen, jedoch vorzüglich auf den *Römiſchen* Proceſs zu beziehenden, Geſetzes: „Qui in alterius locum ſuccedunt, juſtam habent ignorantiae cauſam, an id, quod peteretur, deberetur,“ ſagen wohl *zunächſt* nur ſoviel: in der Litisconteſtation iſt dem Beklagten erlaubt, zu antworten: *ich weiſs nicht*, ob mein Erblaſſer u. ſ. w. *Klar* folgt hieraus noch nicht, daſs, beweiſst der Kläger vollkommen, der Beklagte in die Unkoſten *nicht* zu verurtheilen ſey. Denn inſoferne ſcheint er an der Stelle des verſtorbenen Schuldners zu ſtehen, und alles dasjenige leiſten zu müſſen, was ſolcher bey dem Ausgange des jetzigen Proceſſes zu leiſten haben würde. Der *Erblaſſer* wird, könnte man ſagen, *in dem Erben* verurtheilt, und das bloſse Leugnen oder Nichtwiſſen iſt keine des Gegners vollbewieſene Behauptung trübende Vertheidigung. Doch hiervon unten.

Die nachfolgenden Worte: „Haec ita de herede dicta ſunt, ſi *cum eo agetur*, non etiam ſi *agat*; nam plane qui agit, *certus eſſe debet*, quum ſit in poteſtate ejus, *quando* velit experiri, et ante debet rem *diligenter* explorare et tunc ad agendum procedere,“ zeigen aber näher darauf hin, „daſs die ignorantia facti alieni dann keineswegs entſchuldiget, mithin auch keine Koſtencompenſation begründet, wann man jene fremde Handlung als Quelle eines Rechts

oder

ſchwinden, wenn man folgende Grundſätze an die Spitze der Beantwortung jener Fragen ſtellt:

1) Der Staat würde einem Hauptzweck des Inſtituts der Gerichte, Sicherung der Privat-Rechte jedes einzelnen Bürgers, und Vermeidung öffentlicher und heimlicher Selbſthülfe, *ſelbſt entgegen arbeiten*, wollte er die Rechtsverfolgung vor jener Staatsanſtalt durch das ſtrenge Geſetz *erſchweren:* das *geringſte* Verſehen eines ſtreitenden Theils ſolle dieſen zu dem Erſatz des Rechtsvertheidigungs-Aufwandes ſeines Gegners verpflichten.

2) Dem Staat ſelbſt iſt daran gelegen, daſs jeder Unterthan ſein Vermögen *zu erhal-*

ten

oder einer Verbindlichkeit *behauptet*, und mithin zu beweiſsen hat; zugleich aber will jener Satz vorzüglich den Grund ausſprechen, „wer eine Klage anzuſtellen beabſichtige, habe mehr Zeit den erforderlichen Unterricht vorher einzuziehen, als der *in jus vocirte* Beklagte zur Vorbereitung auf die *Litiscontestation.*" Von ſelbſt verſtehet ſich hierbey, daſs dasjenige, was das Geſetz von dem Kläger ſagt, auch auf den Beklagten anwendbar iſt, inſoferne dieſer durch Einreden in die Verhältniſſe eines Klägers eintritt. L. 1. Dig. de exception. 41. 1. L. 9. et 19. Dig. de probationibus. 22. 3.

ten suche [194]), und spricht daher auch durch die Gesetzgebung aus: der sich selbst getreue Hausvater habe keinesweges die vollkommene Verbindlichkeit, auf ein aus besonnenen Rechtsgründen im redlichen Glauben sich zugeschriebenes Recht *deshalb* leichtsinnig, *temere*, zu verzichten, weil er befürchten könne, die Verfolgung oder Vertheidigung jenes Rechtes werde einem Andern, welcher ebenfalls Anspruch hieran macht, möglicher Weise Schaden zuziehen, vielmehr sichere jenen Hausvater die aus dem Resultat seiner Rechtsvertheidigung hervorleuchtende bona fides gegen die Vergütung jenes Nachtheils seines Mitbürgers [195]).

3) Mit dem von dem Richter befundenen *Resultat* der Verhandlung einer juristischen

194) „Expedit enim Reipublicae, ne sua re quis male utatur." §. 2. Inst. *de his qui sui vel alieni juris sunt*. I. 8.

195) Diesem Satz lehrt Paulus klar genug in den Worten: *Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere.* L. all. 40. Dig. de hered. petit. 5. 3., und *in diesem Geiste* sprechen die Gesetze: *temeritas* ist der Verbindlichkeits-Grund, dem Gegner die Processkosten zu erstatten. §. s.

schen Streitfrage, und *nur durch selbiges*, *in Verbindung mit den Entscheidungs-Gründen*, spricht sich zugleich aus, a) ob der besiegte streitende Theil solche Gründe zu dem processualischen *Angriff*, oder zu der *Vertheidigung* auf dem Wege Rechtens hatte, welche das Vertheidigungs- oder Angriffs-Recht seines *Gegners* als juridisch zweifelhaft, insoferne also als *unvollkommen*, darstellen, und ob mithin b) der zurückgeschlagene Kläger, oder der überwundene Beklagte, als rechtlicher Hausvater, um nicht *leichtsinnig* auf das streitige Recht zu verzichten, oder die ihm angesonnene Verbindlichkeit anzuerkennen, *im Gefolge der Pflichten gegen sich selbst*, sich aufgefordert finden durfte [196]), mit seinen Gegner in den Rechtskampf einzugehen — m. a. W. ob der zurückgewiesene Kläger, oder der besiegte Beklagte, in Hinsicht auf die Processführung in bona fide *) sich befande —

4)

[196]) Auf *diesen* Gesichtspunkt läſst L. 24. §. 12. 26. Dig. de damno infecto. 39. 2. L. 1. §. 12. Dig. de aqua rel. 39. 3. sich anwenden.

*) d. h. eine *objectiv* aufgefaſste bona fides, gefolgert aus obigen *Proceſs-Resultat*, nicht bloſs abgemessen nach der subjectiven, vielleicht *nur einfältigen*, Ueberzeugung des Besiegten.

4) Mit dieser aus den Procefs-Refultat sich rechtfertigenden, *objectiv* zu berechnenden, bona fides des Besiegten mufs sich dessen Gegner, und der Staat selbst, nach der von der Vernunft ausgesprochenen Rechtsbilligkeit, um so mehr begnügen, weil letzter nur das *förmliche* Recht zu gewähren vermag, und mit Zuverlässigkeit nicht folgt, dafs dasjenige, was der Richter vermittelst seiner Reflexion für Recht erachtet, dem *materiellen* Recht, dem *Willen* der Gesetze, auch *vollkommen* entspreche. Daher ist

5) das Princip: „bona fides sichert gegen Erstattung der Procefskosten," *nur auf die* Verhandlungen einer Parthey zu beschränken, welche in Hinsicht auf ihren gesetzlichen Zweck *so geeignet* wirklich unternommen wurden, dafs sie nicht als ein an sich betrachtet *untaugliches* und *verkehrtes Mittel* zu der beabsichtigten Rechtsverfolgung und zu des Richters Ausspruch sich darstellen: „welche Parthey das *materielle Recht* für sich habe, und, im Gefolge der hierauf gerichteten juristischen Reflexion, den Sieg zugesprochen erhalten, oder als überwunden verurtheilt werden müsse."

§. w.

§. w.

Wende man doch, von dem in dem vorigen §. unter 1 und 2 aufgestellten Standpunkt aus, seinen Blick unbefangen hin auf die Gesetze, so wie solche dermalen bestehen und in naher oder ferner Zukunft mit allen angestrengten Verbesserungen bestehen werden und können — betrachte man das Institut der Gerichte in seiner Wirksamkeit — den Richter und seine Gehülfen in ihrer Thätigkeit — um überall die Merkmale menschlicher Unvollkommenheit mit jener Staatsanstalt verwebt zu finden. Jeder Staatsbürger soll, so wollen es die Gesetze, diese kennen [197]), oder, ist er nicht selbst klug und weise genug, Rechtsverständige um Aufschluss und Unterricht angehen [198]); allein so stark jene Forderung

[197]) Der angegebene Grund, *warum* ein Rechtsirrthum nicht verziehen werde, „cum jus finitum et *possit* esse, et *debeat*.“ L. 2. Dig. de juris et facti ignor. 22. 6. beweist und bewirkt leider nicht, dass das jus auch *wirklich* finitum *sey*. Wenigstens hat die Erfahrung des *Neratii* gute Meinung nicht bestätiget.

[198]) L. 9. §. 3. Dig. de juris et facti ignorantia. 22. 6. L. 10. Dig. de bon. poss. 37. 1. L. 2. §. 5. Dig. quis ordo in poss. servetur. 38. 15.

derung bey der Beſchaffenheit des *gemeinen Rechts* an ſich ſchon iſt, ſo wenig [199]) erheiſcht dieſes hierunter die *höchſte* Anſtrengung, vielmehr erklären die römiſchen Geſetze nicht undeutlich, daſs, inſoferne jemand *ſein erworbenes Recht verfolge*, die Unkenntnis der Rechte ihm nicht zum Nachtheil gereichen ſolle [200]). Und hiermit ſtehet gewiſs auch des Richters Amtspflicht in Verbindung, bey der Entſcheidung eines Rechtsſtreits die *Rechtsſätze zu ergänzen und anzuwenden*, welche die Parthey, oder deren Beyſtand, nicht, oder nicht gehörig, angezogen hat [201]). Vereiniget man hiermit, daſs bey der Proceſsführung mit der bloſen Rechtskenntnis *noch bey weitem nicht alles gethan iſt*, ſondern daſs erſt in der *Anwendung* der Geſetze auf das vorliegende Factum — in deſſen *richtiger Auffaſſung*, *Erklärung*, und *Subſumtion* unter die nach der Abſicht des Geſetzgebers zu der Entſcheidung der aus jenem thatſächlichen Verhältnis

[199]) Auch nicht bey der Kenntnis einer Thatſache. L. 6. et L. 9. §. 2. Dig. de jur. et facti ignorantia. 22. 6.

[200]) L. 7. Dig. ej. tit. 22. 6.

[201]) L. un. Cod. ut quae deſunt advocatis partium judex ſuppleat. 2. 11.

hältnis hervorgehenden Rechtsfrage bestimmten Rechtsnormen — die gröſste, von den Gesetzen selbst anerkannte [202]), Schwierigkeit liegt; so wird man sich juridisch überzeugen können, daſs die Gesetze weit von der Vorschrift sich entfernt halten, dem auf dem Wege Rechtens Irrenden das *geringste Versehen* durchgehends zur Last zu rechnen, und selbige als eine schädliche Thätigkeit, auf die höchste Spitze des Aquilischen Gesetzes zu stellen. Es wird ja selbst dem Richter, welcher, als Repräsentant des Staates, doch wohl klüger und rechtserfahrner seyn soll, als das arme processirende Bäuerlein, der Irrthum in der Anwendung der Gesetze auf die vorliegende Streitfrage verziehen; denn das richterliche Product eines solchen Versehens ist der Rechtskraft fähig [203]), und die *imperitia*, welche eine

202) *Facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit.* L. 2. all. Dig. de jur. et facti ignor. 22. 6.

203) Cum prolatis constitutionibus contra eas pronunciat judex, *eo quod non existimat causam, de qua judicat, per eas juvari*, non videtur contra constitutiones sententiam dedisse, ideoque ab ejusmodi sententia appellandum est; *alioquin rei judicatae stabitur.* L. 32. Dig. de re judicata. 42. 1.

eine Klage auf Schadens-Erſatz gegen den Richter zu begründen vermag [204]), bezeichnet daher gewiſs eher eine *culpam latam*, als *leviſſimam*. Ihr armen Richter, wenn das *geringſte* Verſehen euch zu dem Schadens-Erſatz verpflichtete [205])! So gewiſs aber der Staat durch dieſe Strenge bald von Richtern entblöſst werden würde, ſo gewiſs müſste der gröſste Theil der Staatsbürger ſich ſo gut als *rechtlos* erblicken, drohete ihnen das Geſetz: wer die Staatshülfe auf dem Wege Rechtens anruft, oder es wagt, in dieſem Felde gegen einen Angriff ſich zu vertheidigen, der muſs das *geringſte* Verſehen, den *geringſten* Rechts-

irrthum

[204]) Pr. Inſt. de obligat. quae quaſi et delicto naſc. 4. 5. L. 6. Dig. de extraordinariis cognitionibus. 50. 13. L. 5. §. 4. Dig. de obligat. et action. 44. 7.

[205]) Billiger, vielleicht zu billig, dachte Groenwegen ad prooem. cit. Inſt., indem er ſich dahin erklärt: „Sane periniquum foret et male ageretur cum judicibus, praeſertim cum ſubalternis, ſi in tam difficili juris ſcientia, in tanta opinionum varietate rel., ipſi ſingularum cauſarum periculo tenerentur obnoxii, ſi quid forte iis per imprudentiam vel imperitiam excidat.“ Wohl aber könnte man eine ähnliche Sprache in Rückſicht auf die ſtreitenden Theile führen.

irrthum, mit dem Erſatz alles dem Gegner durch die Rechtsverfolgung veranlaſsten Schadens büſsen! Wem durch dieſe Perſpective auch noch in die Augen und auf das Herz fiele, daſs er ſich in die Arme eines, vom Staat ihm dargebotenen, oft nur ſo genannten, Rechtsbeyſtandes werfen muſs, um mit dieſem Lootſen, deſſen Sprache er nicht einmal ganz verſtehet, durch die Scheeren der Formalien, Fatalien aller Art u. ſ. w., mit einem oft zu erneuernden, wo nicht goldenen, doch ſilbernen, Ruder ſich zu winden — wer den Richter in das Auge faſt, und in dieſem einen Menſchen erblickt, welcher, bläſt man den Nimbus der Präſumtion von dem gelehrten Scheidel, eben ſo wohl, und gewöhnlich beſſer, in den Rechtsirrthümern, als in den Rechtsrichtigkeiten, geübt ſich darſtellt — wer es bedenkt, daſs die Adamität ſelbſt der erlauchten Staats-Obergerichte, und der erleuchteten Facultäten berühmter Rechtswiſſenſchafts-Anſtalten, ſo bündig ſich ausſpricht, daſs derſelben Rechtsweisheit aus *einem und demſelben* Rechtsfall die *heterogenſten* Reſultate zu conſtruiren vermag, nachdem vielleicht ſogar jedes einzelne Mitglied eines ſolchen Rechtskörpers ein ſelbſtſtändiges Product dorther zu demonſtriren wuſste — der wird von dem Eingang in die-

ſen

ſen Irrgarten ſich zurückgeſcheucht fühlen, und lieber, *propter metum periculi, temere jus ſuum indefenſum relinquere*[206]). Wie wollte z. B. derjenige einen Rechtsgang vor Gericht wagen, welcher, obgleich von der Wahrheit des factiſchen Grundes ſeines Anſpruchs überzeugt, doch nur Einen Zeugen hat, denſelben zu erweiſsen, dabey aber zum Voraus berechnen kann, läugnet der Gegner, findet der Richter, mit Grund oder Ungrund, irgend einen Tadel an jenem Beweismittel, ſo wird dem Producten der Reinigungs-Eyd zuerkannt, und, ſchwört er dieſen, der redliche, als ſolcher durch die Ausſage des Zeugens gerechtfertigte, Beweisführer nicht blos in der Hauptſache beſiegt, ſondern neben dieſem harten Schickſal auch noch für ſchuldig erachtet, den verdächtigen, *durch einen Reinigungs-Eyd ſiegenden*, Gegner ſämmtliche Proceſskoſten zu erſtatten[207])? Eben ſo wird der Beklagte, welcher eine erhebliche zerſtöhrende Einrede faſt zur Hälfte redlicher Maſen zu erweiſsen im Stande wäre, dieſe, hat er obige Perſpective eines dem läugnenden Kläger zur

[206]) L. all. 40. Dig. de hereditatis petitione. 5. 10.

[207]) So will es Weber, a. a. O. §. 12. pag. 124. u. d. f.

zur Entkräftung berechtigenden Reinigungs-Eydes vor ſich, die Einrede eher gänzlich verlaſſen und ſein Eigenthum dem Kläger Preiſs geben, als durch dieſelbe auch noch einen bedeutenden Geldaufwand mit verdoppelter Gefahr dem Zufall, der Laune des Richters und dem Gewiſſen des, ſeiner Ueberzeugung nach unredlich läugnenden, Gegners ausſetzen wollen. Und iſt es nicht traurig, wann der Bürger, indem ſolcher ein Recht verfolgen will, jedoch unterrichtet wird, die ganze juridiſche Welt ſeines Staates befände ſich in einer, von dieſem authoriſirten, heftigen Fehde über die jetzt ihn treffende Rechtsfrage, auf jenes deshalb verzichten und aus ſeinem Rechtsgebiet flüchten ſoll, weil es den Geſetzen gemäs ſey, daſs er, mit den hochweiſen Kolben der Feinde der ihm günſtigen Meinung niedergeſchlagen, nicht nur ſeine eigene Curkoſten und Schmerzengelder bezahle, ſondern auch dem ſiegenden Gegner, welcher zufällig den Wind gewanne, allen Aufwand des vom Staate ſelbſt angefachten Krieg Rechtens vergüte [208])? Um der Wirkung eines *ſolchen* Staatsſchutzes zu entgehen, wird der in ſeinem Recht, nach ſei-

[208]) Auch dieſes hält WEBER a. a. O. §. 9. pag. 75. u. d. f. für vollkommen rechtlich.

ſeiner redlichen, von öffentlichen Rechtscon-ſulenten befeſtigten, Ueberzeugung, geſtöhrte Unterthan die Selbſthülfe zurück wünſchen, oder zu andern unerlaubten Mitteln, Schaden von ſich abzuwenden, ſich hingezogen finden — ſelbſt die Moralität wird auf dieſem Wege untergraben. Iſt alſo die Geſetzgebung ſo unmächtig, daſs ſie die Mängel und Unvollkommenheit der gerichtlichen Rechtsverfolgung zu tilgen nicht vermag, ſo darf ſie wenigſtens nicht ſo ungerecht ſeyn, die Folgen jener Unmacht *nur* demjenigen beſiegten Theil aufzubürden, welcher, hätte es der launigen, durch die Augenbinde mit dem blinden Glück verwandten, Rechtsgöttin gefallen, eben ſowohl als gekrönter Sieger von dem Kampfplatz hätte abtreten können.

Es iſt daher ſo ungerecht, als *politiſch unklug*, den Unterthan durch eine zu hohe Strenge von den Gerichtshöfen abzuſcheuchen, und die Ueberzeugung in ihm zu erwecken, es ſey vortheilhafter, ein von Auſsen nicht vollkommen klares Recht aufzugeben, und ſein Vermögen dahin zu ſchleudern, als der Gerechtigkeit unter die Augen zu treten [209]).

§. z.

[209]) Es hält zwar Weber, a. a. O. §. 9. pag. 77. dafür, „wenn der verlierende Theil in concreten

§. z.

Unterstellt man hiernächst den §. v. nr. 3. geformten Grundsatz, so wird es auch in Rück-

ten Fällen Entschuldigung und sogar Bedauern verdiene, so müsse man ihn als Opfer der Regel betrachten;" und die Aeusserung der Gesetze: jura non in singulas personas sed generaliter constituuntur, L. 8. Dig. *de legibus.* I. 2. soll diese Strenge rechtfertigen. Allein diese Regel schliesst ja nicht aus, sondern fasst vielmehr in sich, dass die Gesetze von der Vorschrift: „der Besiegte erstattet die Unkosten," die eben so allgemeine, nicht auf einzelne Subjecte, sondern auf den ganzen Complex *aller* Gesetzuntergebenen berechnete, Ausnahme aufstellen können: „es ergäbe sich denn des Ueberwundenen bona fides *aus den Acten.*" Sollen und müssen denn die Gesetze aus einigen Dutzend eiserner Stäbe bestehen, an welche alle menschlichen Verhältnisse sich anschmiegen müssen, würden auch diese durch jene unbiegsamen Massen eben verkröpelt? Der *Richter* darf zwar das Gesetz nicht biegen und beugen — der *Gesetzgeber* aber muss es den physischen und moralischen Kräften der Staatsbürger *anpassen*, und *nach diesen es moduliren.* Wozu denn sonst die verschiedenen Grade der Culpa in den verschiedenen Rechtsgeschäften? Warum spricht das Gesetz nicht schlechthin die allgemeine Regel aus: wer seinem Mitbürger, sey es auch nur aus dem geringsten Versehen, in und auser Vertragsverhältnissen, positiv oder negativ thätig, einen Schaden zufügt, der soll diesen erstatten?

Rückſicht auf den Sieger vollkommen rechtsbillig erſcheinen, dieſen in *den* Fällen zu der Uebernahme der von ihm auf die Ueberwindung ſeines Gegners verwendeten Unkoſten für verbindlich zu achten, in welchen des Proceſſes von dem Richter befundenes Reſultat, *in Verbindung mit deſſen der richterlichen Reflexion vorgeſchwebten Gründen*, zugleich ausſpricht: „des Siegers Recht erſcheint nicht in *klarer Vollkommenheit und Reinheit.*“ Wird der Sieg mit dem *Nothbehelf* eines Erfüllungs- oder Reinigungs-Eydes *bedingt*, ſo erkennt ja der Richter hierdurch zugleich an, daſs der Beſiegte *geſetzlich wirkſame* Gründe hatte, dem Angriff ſeines Gegners ſich entgegen zu ſtellen. Hiermit ſpricht der Richter zugleich aus, „es ſey wenigſtens eine bona fides auf der Seite des Beſiegten, und es ſey dieſem die durch ein richterliches Verlegenheits-Recht entkräftete Vertheidigung, oder reſp. der auf jene Weiſe abgeſchlagene Angriff, nicht zu verargen. Wahr iſt es, daſs der unvollkommene Beweis, wird ſolcher durch den Ergänzungseyd qualificirt, *nunmehr* eine, als vollkommen fingirte, juridiſche Wahrheit herſtellt, ingleichen, daſs durch die Ableiſtung eines Reinigungs-Eydes das gegen den Schwörenden begrundet geweſene Indicium der ihm von dem Gegner zu-

 ge-

gerechneten Verbindlichkeit wieder erlischt, mithin, von jezt an, der Richter erachten muſs, es ſey jene Verbindlichkeit juriſtiſch nicht vorhanden; allein, wenn nun auch jenes oder dieſes *in Hinſicht auf die Hauptſache* zur Folge hat, daſs der zur Erfüllung ſchwörenden Parthey das ſtreitige Object präſtirt werden, oder verbleiben, der eidlich ſich reinigende Kämpfer aber von deſſelben Leiſtung, oder Anerkennung, frey geſprochen werden ſoll; ſo vermag es doch keins von beyden, *den unentkräfteten und feſtſtehenden Umſtand aus den Acten zu löſchen*, daſs der Richter der *Unvollkommenheit des Beweiſses* eines Siegers jener Art aus dem Grunde *zu Hülfe kommen muſste* [210]), damit der Rechtsſtreit *doch einen Aus-*

[210]) Von *dem Moment aus*, wo des Richters Reflexion zu dem Zweck thätig wird, um die beendigten Verhandlungen der Partheyen unter das Geſetz zu ſtellen und auszuſprechen, „welcher der Sieg gebühre, und *wie*, ob *bedingt* oder *unbedingt*,“ muſs auch zugleich die mala oder bona fides des Beſiegten erwogen werden, nicht erſt nachher, von dem Zeitpunkt an, wo das Reſultat der richterlichen Reflexion ausgeſprochen und reſp. purificirt worden iſt. Das *nunmehr* ſich ergebende Reſultat des *förmlichen* Rechts muſs man auf jene ſeine *Quelle* zurückführen. War *dieſe* trübe, muſste der *richterliche*

Ausgang gewinne, und die Ruhe in dem Rechtsgebiet der beyden Streiter hergeſtellt werde. Ein ſolcher Beweisführer hat doch dem Geſetz eine *volle* Genüge *nicht geleiſtet*, und er kann es durchaus nicht ungerecht finden [211]), wann er jene, ihm nützliche, Nothhülfe des Richters mit der Uebernahme der ſeines Theils verwendeten Unkoſten aufrechnen muſs.

liche Zuſatz eines Eydes ſie *verbeſſern*, ſo kann *dieſes* nicht als ein Theil der legalen Thätigkeit des auf jene Weiſe Siegenden in Anſchlag kommen. Die Feſtſtellung des förmlichen Rechts hebt die Ungewiſsheit des materiellen Rechts nicht auf — die Controverſe z. B *bleibt* im Allgemeinen *eine Controverſe*, wenn gleich in concreto die eine der ſie bildenden verſchiedenen Meinungen *dieſem* Rechtsſtreit ein Ende macht. Jener Entſchuldigungs-Grund des Beſiegten iſt *unauslöſchlich*.

[211]) Eine peinliche Anklage auf Leib und Leben iſt doch gewiſs ein wichtigeres und mehr Bedenken erforderndes Unternehmen, als der Verſuch eines Civilklägers, das ſich zugeſchriebene Object auf dem Wege des Proceſſes zu erhalten, und dennoch ſpricht das Geſetz den Ankläger dann von der Erſtattung der Unkoſten frey, wann der Angeklagte im Gefolge der von jenem nachgewieſenen Indicien einem Erforſchungs-Mittel der Wahrheit ſich unterwerfen muſste. C. C. C. Art. 61.

Nicht minder ſtark leuchtet die bona fides des Beſiegten daraus hervor, wann dem Richter, indem ſolcher über einen Streitpunkt abſprechen, und in dem Nahmen des Staates erklären will, „welchem der ſtreitenden Theile der Sieg gebühre,“ ſolche Gründe und Nachrichten aus dem Gebiete der Rechtsdoctrin vorſchweben, oder, als einem unterrichteten Juriſten ſich darſtellen *ſollten*, in Hinſicht auf welche er ſich ſelbſt bekennen muſs: „ein anderer, eben ſo kluger, vielleicht noch umfänglicher unterrichteter, Rechtsgelehrte würde den vorliegenden Rechtsſtreit, entweder in Hinſicht auf die Interpretation der mehrfarbigen factiſchen Grundlage, oder in Betracht der auf dieſe anzuwendenden ſchwankender Rechtsnormen, ohne den Vorwurf der Imprudenz befürchten zu müſſen, durch einen andern, als den von mir beſchloſſenen, Rechtsſpruch entſcheiden können, oder hat bereits auf eine andere, als die von mir für rechtlich erachtete, Weiſe öffentlich, aus bündigen Gründen, über denſelben abgeſprochen.“ Sobald der Richter dieſe Sprache in ſeinem Innern reden hört, ſpricht auch zugleich die Stimme ſeiner Vernunft: es iſt alſo dem Beſiegten nicht zu verargen, daſs ſolcher, im Vertrauen auf jene ihm beyfällige That- oder Geſetz-Erklärung, das ſtreitige Recht ver-

verfolgte — dem Gegner jene, in dem Tempel des Rechtes aufgehangene, ihm einladend zuwinkende, Waffe vorhielte — es wäre ihm vielmehr zu verargen gewesen, hätte derselbe der so scheinbar ihm zustehenden Befugnis wie ein leichtsinniger liederlicher Hausvater sich entschlagen, sie sofort seinem ansprechenden Gegner auf der Opferschale entgegenbringen, und nicht einmal durch des Richters Ausspruch die Beruhigung sich verschaffen wollen, dass er als aufmerksamer Hausvater die Pflicht der Vermögensſicherung gegen sich selbst und seine Familie erfüllt habe. *Nicht so* zu denken, hiesse: den Staat bezüchtigen, dieser dulte deshalb eine vielseitige, aus einem Schwall resp. unbestimmter, auch wohl sich selbst widersprechender, buntscheckich mit vaterländischen und von fremden Völkern zur Hülfe angenommenen Normen vermischter, Gesetze abgeleitete, mit scholastischer und neuidealer hyperkluger Weisheit durchknetete, Rechtslehre, damit der Unterthan durch hochgelehrte, mit ausländischen Farben gemahlte, Trugbilder irre geleitet und dadurch veranlasst werde, die kostbare Thätigkeit der Gerichte und Spruchcollegien in Bewegung zu setzen und dem Gerichtsherrn die in dessen Etat in Anschlag gebrachten Revenüen auf Kosten des Getäuschten zu sichern. Nein,

der Staat weiſs es, daſs ſeine Glieder aus *Menſchen* beſtehen und er ſelbſt nur eine moraliſche *Menſchen-Perſon* iſt; und wenn er alſo aus irgend einem Grund es nicht vermag, ſeinen Bürgern einen ſichern Richtſteig Rechtens anzuweiſsen, ſo begnügt er ſich mit der *objectiven* bona fides des auf eine *ſolche* Weiſe Abirrenden, welche den Zweifel übrig läſst, wär ihm zufällig ein anderer, als der von dem eingeſchlagenen Pfad ihn zurückweiſsende, Richter begegnet, ſo hätte er eben ſo wohl an das Sieges-Ziel gelangen können, als ſein mit ihm wettlaufender Gegner es erreicht hat [212]).

Wenn aber geſagt wird: das *Reſultat* eines Proceſſes, von *dem Punkt* aus gerechnet, wo der Richter *deliberirt*, „was zu erkennen ſey," müſſe zugleich *als Beweis dienen*, ob diejenige Parthey, welche im Gefolge der beendigten, zu einem Beſchluſs gediehenen, richterlichen Reflexion als beſiegt anerkannt werden ſoll, in mala oder bona fide ſich befunden habe, ſo iſt hiermit zugleich ausgeſprochen 1) daſs hierbey das richterliche Ermeſſen des Daſeyns oder Abſeyns des doli, oder wenigſtens einer culpa lata, *nur objectiv* ver-

212) Vortrefflich erklärt ſich über dieſes Verhältnis Borst a. a. O. §. 16. pag. 40. u. d. f.

verfahren muſs[213]), nicht aber *ſubjectiv*, d. h. nicht in Hinſicht auf die *perſönliche Qualität und Denkart* des Beſiegten; ingleichen 2) daſs *eine anderweite Erforſchung* jenes innern Zuſtandes des Beſiegten ausgeſchloſſen iſt. Denn ſo wie die Entſcheidung des Rechtsſtreits überhaupt nur aus den factiſchen Verhältniſſen gezogen werden kann, welche die Partheien in den Acten vorgebracht und ausgeſponnen haben, ſo iſt auch *nur dieſes* die Grundlage für das richterliche Urtheil über das Vorhanden- oder Abſeyn der juridiſchen bona fides des Beſiegten, ſo daſs jeder anders woher geſchöpfte Grund [214]) für eine *ent-*

ſchul-

213) Was *im Allgemeinen* als äuſseres Merkmal einer culpa lata anzuſehen iſt, das muſs gegen den Beſiegten zur Anwendung kommen, und wäre ſein Subject weit von dem Verlangen einer Ungerechtigkeit entfernt, und vielmehr von dem Wunſch beſeelt, ſeinem Gegner eher einen Vortheil zuzuwenden, als Schaden zuzufügen. Unterläſst er hierbey die Anſtrengung ſeines Erkenntnisvermögens, oder hat dieſes nicht ſo weit ausgebildet, um die Folgen ſeiner Handlung berechnen zu können, ſo wird jene ignavia und dieſe imperitia der mala fides gleich geachtet. In Civilſachen iſt *jede* Schuld *objectiv* zu berechnen.

214) Z. B. von einer bekannten Gutmüthigkeit, Einfalt u. ſ. w. des Beſiegten.

ſchuldigende ſubjective Ueberzeugung des Ueberwundenen durchaus hinwegfällt. *Aus den Acten* muſs des Beſiegten in das Gebiet des dolus oder der culpa lata nicht gehörige Ueberzeugung von der Recht- und Redlichkeit ſeiner Rechtsverfolgung objectiv ſich rechtfertigen — was *hier* zu dieſem Behuf ſich nicht vorfindet, das iſt eben ſowohl für die Wirkung des vorliegenden Proceſſes verlohren, als jede andere Thatſache, welche auf die Entſcheidung des Proceſſes Einfluſs haben können, jedoch an der geſetzlich angewieſenen Stelle in dem Laufe des Proceſſes nicht vorgetragen und erwieſen wurde [215]).

§. aa.

[215]) Nur von *dieſem* Geſichtspunkt aus läſst ſich das als gegründet annehmen, was Weber, a. a. O §. 5. pag. 60. u. a. O. von der Unwirkſamkeit des *Glaubens* einer überwundenen Parthey vorträgt. Ein vager Köhlerglaube verdient freylich gar keinen Betracht, wohl aber derjenige Glaube, deſſen Prämiſſen in den Acten ſo erwieſen vorliegen, daſs hierdurch ſelbſt des Richters Ueberzeugung von dem Recht des Siegers ſich trübt und er ſeiner mit Rechtskenntnis ausgebildeten Vernunft zugeſtehen muſs: auch ich würde an der Stelle des Ueberwundenen des Gegners Recht, aus der mir ſelbſt ſchuldigen Treue, als rechtlicher Mann bezweifelt haben.

§. 22.

Dächte man ſich aber auch in Rückſicht ad 4. §. v. eine menſchlich vollkommene Geſetzgebung, ſo würde gewiſs auch dieſe nicht auſſer Acht laſſen, daſs ſelbſt der Zweck und das Weſen des öffentlichen Inſtituts der Gerichte die Strenge der Weberiſchen Lehre ausſchlieſst. Es kann der Staat, ſo wie er nur *Menſchen* regiert, auch nur *Menſchen* als Richter anordnen. Gebe man nun dieſen auch das möglichſt beſtimmte und klare Geſetzbuch als Quelle ſeiner Rechtsſprüche in die Hand, ſo findet er doch in jener Urkunde die tauſendfachen Fälle nicht verzeichnet, auf welche er den gedruckten Buchſtaben *anwenden* ſoll. Dieſes muſs der Reflexion ſeiner Vernunft überlaſſen werden — und ſo ſind die Urtheile des Richters zunächſt nicht ein Product der Geſetze, ſondern dasjenige ſeiner ſubjectiven Verſtandeskräfte [216]), welche zwar ihre Nahrung aus dem Geſetz ſchöpfen, jedoch nicht ſelten einen falſchen Becher ergreifen. Daher, um nicht einen Irrthum durch den zweyten, dritten, u. ſ. w. auf-

[216]) Das dem Irrthum unterworfene Gefühl — Ermeſſen — des Richters arbeitet zugleich mit. Borst, a. a. O. §. 17. pag. 44. u. d. f.

aufzuſchwellen, gebote das Geſetz: auch der *irrige* Ausſpruch des Richters ſoll ein Zwangsrecht und eine Zwangspflicht unter den Partheyen begründen, die ſchwarze Farbe in weiſs verwandeln, im Fall dieſelben eine beſtimmte Zeit lang gegen das Urtheil ſchweigen [217]), oder dieſes zweyfach rein beſtätiget wird [218]). So, und in Hinſicht darauf, daſs auch des Richters Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der ſtreitigen Thatſache, auf welche er das Geſetz anwenden ſoll, der Regel nach ihren Grund nur in ſolchen Erſcheinungen findet, welche noch weit von der Evidenz und der mathematiſchen Wahrheit entfernt bleiben, und welche es nicht vermögen, alle Zweifel der Vernunft zu verdrängen, producirt der Proceſs nur ein *förmliches* Recht [219]). Sind deſſen Bedingun-

217) Abh. III. §. b. not. 14. pag. 44. u. d. f. MARTIN, §. 109. u. 110.

218) L. un. Cod. ne liceat in una eademque cauſa tertio provocare. 7. 70.

219) Auch hier leſe man, was BORST, a. a. O. §. 16. ſo ſchön und kräftig gegen WEBERS Meinung ſagt: „jedes richterliche Urtheil müſſe als das Reſultat einer ſorgfältigen und unpartheiiſchen Prüfung betrachtet und dabey angenommen

gungen vorhanden, so *muſs* zwar der Richter, als ſolcher, ſich für *überzeugt halten*; allein es wird ja hierdurch nicht ausgeſchloſſen,

nommen werden, der Beſiegte hätte das Rechtswidrige ſeines Streits eben ſowohl einſehen können, als es der Richter eingeſehen habe.“ Wie nun aber, wann der Richter durch das Erkenntnis auf einen Erfüllungs- oder Reinigungs-Eyd *ſelbſt* ausſpricht: *er ſelbſt* habe das Unrecht des Beſiegten durch ſeine Reflexion als unzubezweifelnd nicht anerkennen können — wie, wann er in ſeinen Entſcheidungsgründen bekennen muſs: andere Richter würden wohl den Beſiegten als Sieger anerkennen — wenn er nicht verneinen kann, das Geſetz, unter welches ich den Fall ſubſumirte, läſst auch für den Vortheil des Beſiegten ſich deuten? — Muſs nun dieſer dennoch und zwar *deshalb* einen rechtswidrigen Proceſs geführt haben, weil dieſer zufällige Richter den Proceſs-Knoten zerhaut, und in Kraft eigener Weisheit ausſpricht: *ita jus eſto*! Iſt es nicht genug, daſs der auf eine ſolche Weiſe Beſiegte das Beſiegtwerden *dulten* muſs, — iſt es einer weiſen humanen Geſetzgebung angemeſſen, daſs *er allein* jenem Staatsrepräſentanten das *eſto* bezahle? — Es iſt wohl mehr als Waidſpruch, wenn die Geſetze ſagen: *in omnibus quidem maxime tamen in jure aequitas ſpectanda eſt.* L. 90. Dig. de regulis juris. 50. 17. L. 8. Cod. de judiciis. 3. 1.

ſen, daſs die Geſetzgebung zum Voraus verordne: „*trete jener allgemeinen und unvermeidbaren Unvollkommenheit des menſchlichen Inſtituts der Gerichte auch das noch hinzu, daſs ſelbſt das förmliche Recht einer Nachhülfe bedürfe, oder als ſchwankend ſich darſtelle, ſo ſolle der Beſiegte mit der Erſtattung der Proceſskoſten verſchont werden.*“ Wollte der Staat das, was er durch Menſchenkräfte nicht vermag, wollte er die Unfähigkeit, dem Staatsbürger in dem concreten Falle ein jedem Zweifel enthobenes Recht zu gewähren, durch die höchſte Strenge gegen den Beſiegten decken, ſo dürfte man dieſes eine *harte Ungerechtigkeit* nennen.

Auch wird, um ad nr. 5. §. v. zurück zu ſehen, der Anſchein einer Härte gegen den ſiegenden Theil noch mehr verſchwinden, wenn man das Princip der legalen Koſtencompenſation auf *ſolche* Verhandlungen der Partheyen beſchränkt, *welche bezweckten, und geeignet waren, den Richter von der Lage des ſtreitigen Rechts in dem Verhältnis zu beyden ſtreitenden Theilen zu inſtruiren*, hingegen aber aus jenem Gebiete jede ſolche negative oder poſitive Thätigkeit hinwegziehet, die *auf den gedachten Zweck ihrer Natur nach gar nicht hinarbeitet.* So müſſen z. B. die

durch

durch den einseitigen Ungehorsam, oder ein Versäumnis, entstehenden Unkosten immer nur den Ungehorsamen und Säumigen [220]) und zwar selbst dann, wann er ganz schuldlos wäre, *deshalb* zur Last fallen, weil aus dem Versäumnis selbst, in Hinsicht auf das Material der Hauptsache, ein die Procefsführung des Ungehorsamen als redlich rechtfertigender Grund *nicht hervorgehen kann*, vielmehr müfste die nega-

220) L. 15. Cod. de judiciis. 8. 1. L. 4. pr. Cod. de fruct. et litium expensis. 7. 51. WEBER, a. a. O. §. 3. *e.* pag. 24. u. d. f. u. §. 14. pag. 147. Es ist nicht nothwendig, diese Art der Unkosten mit GLÜCK, in der Erl. der Pandecten Thl. III. §. 255. als eine wirkliche *Strafe* anzusehen, wenn gleich selbige die *poena generalis contumaciae* genannt zu werden pflegt. MARTIN, §. 118. SCHAUMBURG, in princ. prax. jud. Lib. I. Sect. I. Mbr. II. Cap. I. §. 3. Denn insoferne der Säumige seinen Gegner und den Richter zu einer Thätigkeit veranlafst, welche den Hauptzweck der Ausmittelung des streitigen Rechts zu befördern nicht vermag, sondern nur einen in jener Hinsicht *vergeblichen* Act zur Folge hat, dieser aber einen besondern Aufwand erfordert, ist er als dessen Urheber zu betrachten, und mithin, weil er zwangspflichtig war, dergleichen Handlungen zu vermeiden, für verbunden zu achten, jenen illegal zugefügten Schaden zu erstatten.

negative Thätigkeit auch nicht als ein Zeichen der malae fidei angesehen werden[221]), und liesse selbige sogar als Zufall sich entschuldigen, immer nur ein *in Ansehung der Beleuchtung der Streitfrage selbst fruchtloses Ereignis* sich darstellt, welches, wie der Zufall überhaupt, nur *demjenigen* nachtheilig werden darf, welchen er trifft [222]), ohne

[221]) Muss im Gefolge eines Ungehorsams oder Versäumnisses die Parthey, welche dessen sich schuldig macht, für in der Hauptsache *überwunden* anerkannt werden, z. B. weil der obliegende Hauptbeweis in der vorgeschriebenen peremtorischen Frist nicht angetreten wurde, so folgt von selbst, dass gegen den auf jene Weise Besiegten die Vermuthung eines mala fidei wirksam wird, und er also in die Unkosten der Hauptsache zu verurtheilen ist.

[222]) Es hält zwar Borst a. a. O. §. 27. pag. 72. dafür, „sey die eine obgelegene Handlung nicht vollziehende Parthey *ganz ohne* Schuld, so müsste auch der Gegner den hierdurch ihm veranlassten Kosten - Aufwand als einen *ihn treffenden* Zufall betrachten." Allein da solche Ereignisse nur eine Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand begründen, da jene Unkosten *eine Folge* des den Versäumenden treffenden Zufalls sind, so fallen sie sämmtlich dem letztern um so mehr zur Last, weil die Folgen der mora durch die physische Unmöglichkeit, eine

ohne dafs jedoch diesem die auf Entschädigung abzweckenden Rechtsmittel gegen den jenen Zufall schuldlich veranlassenden Dritten abgeschnitten wären. Daher mufs der gegen ein Versäumnis im Laufe des Processes aus irgend einem Grund Restituirte sämmtliche, durch das Gesuch um Ertheilung dieser Rechtswohlthat, das deshalbige Verfahren und Erkenntnis, veranlafste Unkosten allein übernehmen [223]), in soweit nicht der Gegner

eine obliegende Verbindlichkeit zu erfüllen, nicht beseitiget werden. G. in Exerc. ad doctr. de culpa. Fasc. I. exerc. I. §. 13. not. 2. et 1. pag. 24. u. d. f. u. d. dort. Gesetze. Hat jedoch das Versäumnis keinen Einflufs auf den ungehinderten Fortgang des Processes, so wird das Erkenntnis über die Unkosten dieses Punktes bis zu der Definitiv-Sentenz in der Hauptsache mit ausgesetzt. Hommel, in der Anleitung Gerichtsacten zu extrahiren u. s. w. §. 101. lit. a.

223) Wernher, in select. obs. P. IV. obs. 113. Leyser, in Medit. ad Pand. Spec. 57. medit 3. In Hinsicht auf die Restitutions-*Klagen* treten die allgemeinen Principien ein von der Verurtheilung in die Processkosten oder deren Kosten-Compensation. Denn sie begründen einen selbstständigen Rechtsstreit. §. dd. Schmidt, in dem Lehrb. v. ger. Klag. und Einreden. §. 144. Glück, a. a. O. Thl. V. §. 442. a. E.

Das

ner durch offenbar recht- und ſcheinloſe Gründe jener Imploration, deren Beſeitigung vergeblich verzögernd, ſich entgegen ſtemmte, oder vielleicht gar, wie wenigſtens denkbar iſt, den Imploranten durch eine erwieſene Chicane in die Nothwendigkeit verſetzte, um Wiedereinſetzung in den vorigen Rechtsſtand zu bitten.

Eben ſo wenig kann derjenige auf Koſtenvergleichung Anſpruch machen, welcher dem eingeleiteten Proceſs wieder entſagt [224]),

oder

Das in manchen Ländern übliche *ordentliche* Rechtsmittel der Reſtitution (Martin, §. 268. not. q. u. §. 285. not. m.) fällt gleichfalls unter die allgemeinen Grundſätze.

[224]) D. h. auf das Streitobject *einſeitig*, *ohne Vergleich* mit dem Gegner, Verzicht leiſtet, oder, iſt der Entſagende der beklagte Theil, des Klägers Recht unbedingt anerkennt. In beyden Fällen muſs der Verzichtende den Folgen des verlohrnen Proceſſes ſich unterwerfen, er iſt *für immer* beſiegt. *Poſtquam enim liti de praedio motae renunciaſti, cauſam finitam inſtaurare poſſe nulla ratio permittit.* L. 4, Cod. de pactis. 1. 3. Von ſelbſt folgt alſo, daſs der auf jene Weiſe Entſagende als temere litigans zu beurtheilen; L. 10. pr. Dig. *de judiciis.* 5. 1., mithin verbunden iſt, ſeinem Gegner alle Unkoſten und Schäden zu vergüten.

Mar-

oder das seither Verhandelte fallen läſst, oder auch einzelne Verhandlungen wieder einziehet,

Martin, §. 309. Weber, a. a. O. §. 14. not. 10. u. d. d. Lit. Dieses ist jedoch nicht anwendbar auf den Successor singularis, welcher den von seinem Autor geführten Procefs *nicht aufnehmen und fortsetzen will.* Ein solcher Nachfolger muſs zwar, will er nicht fortstreiten, des Gegners Recht anerkennen, ist aber diesem zum Kosten- oder Schadens-Ersatz nicht verbunden. Schaumburg, in pr. prax. jud. Lib. I. Sect. II. Cap. VIII. §. 6. Kind, in qu. for. T. III. Caſ. 62. Mencken, in proc. Tit. XVII. §. 8. Eine zweyte Ausnahme dürfte in dem §. bb. lit. C. als Grund der Kostencompensation angeführten Fall eintreten, insoferne der die fremde Handlung verneinende Theil im Laufe des Processes erklärt, „er habe sich *nunmehr* von der Wahrheit der streitigen Thatsache überzeugt, und wolle *deshalb* seinen Widerspruch aufgeben." Will man annehmen, von einem *solchem* Fall spreche die L. 5. §. 1. Cod. 7. 51. in den Worten: „*Si quis conventus bona fide solverit*," so ist wenigstens keine Inconsequenz zu befürchten, vielmehr auch andern Gesetzen es angemessen. L. 10 Dig. *de judiciis.* 5. 1. Auch läſst sich jenes auf den *Kläger* anwenden, insoferne man unterstellt, dieser habe das der *Einrede* seines Gegners zum Grund liegende *fremde* Factum in Abrede gestellt, in der Folge aber, vermöge bessern Unterrichts, dasselbe eingeräumt, und hierdurch die Entkräftung

het, oder durch Nachträge verbessert, sondern, insoweit derselbe das, was seither verhandelt wurde, zurücknimmt, oder verbessert, oder vermöge eines richterlichen Decretes verbessern muss, damit es für die Instruction der Streitfrage tauglich werde, insoweit fallen ihm die *hierdurch* entstandenen und entstehenden Processkosten ausschliesslich zur Last. [225]).

Noch

seiner Klage anerkannt. WEBER, a. a. O. Allein, dass die Worte der angezogenen L. 5. Cod. „*aut actor lite desiiterit*," auf jenen Fall sich bezögen, ist dennoch zu bezweifeln. vid. not. 140. §. s. pag. 254. Zum Theil anderer Meinung sind EMMRICH, a. a O. §. 34. SCHMIDT, g. PHISELDECK, a. a. O. §. 18.

[225]) Von dem not. 224. rewähnten Verzicht auf die Rechtsverfolgung selbst, Entsagung des Processes, ist sehr verschieden das blose *Fallenlassen* der seitherigen Verhandlungen, in der Absicht, um den Process mit einer andern, besser geformten, oder anders begründeten, Klage zu erneuern. In wieweit dieses erlaubt sey, in wieferne es gestattet ist, die seitherigen Verhandlungen *abzuändern*, oder *zu verbessern*, gehört nicht hieher. M. s. MARTIN, §. 100. u. 132. Erlauben aber auch die Gesetze jenes oder dieses, oder wird auch nur eine *Erläuterung* verschuldeter Zweydeutigkeiten u. dergl. unternommen, so folgt von selbst, dass der *Gegner*

Noch mehr ist dieses der Fall, wann der Vortrag einer Parthey als zwecklos, inept, irrelevant, zurückgeworfen wird [226]); es

ner hierunter nicht leiden kann, sondern dafs solchem die auf die frühern, wieder eingezogenen, Verhandlungen aufgewendete Unkosten vorerst, ehe er verbunden ist, auf das neue Einbringen zu antworten, erstattet werden müssen, Danz, in den Grundſ. des ordentl. Processes. §. 503. Boehmer, in princ. jur. can. §. 750. Schaumburg, l. c. Lib. I. Sect. I. Mbr. I. Cap. I. §. 14. not. **. et ***., so wie ihm diejenigen zu vergüten sind, welche durch eine Verbesserung oder Erläuterung entstehen. Denn dort und hier liegt eine Unvorsichtigkeit des abändernden oder verbessernden Theils zum Grund, wenigstens eine willkührliche, nur seinen Vortheil bezweckende, Handlung. *Factum autem cuique suum non adversario nocere debet.* L. 155. Dig. de regulis juris 50. 17. L. 25. §. 2. in fine Dig. ad Sctm. Trebell. 36. 1.

[226]) Z. B. die Klage wird aus irgend einem Grund angebrachter Masen verworfen, der Beweis als irrelevant, das Rechtsmittel wegen Unerheblichkeit der Beschwerden, oder als schon an sich betrachtet unzuläſsig. Auch kann man dahin rechnen alle nutzlose *Erweiterungen* des Processes, durch Ausschweifungen auf solche Thatsachen u. s. w., welche auf die Entscheidung der Sache selbst, oder eines statthaften Nebenpunkts, keinen Einfluſs haben. L. 21. Cod.

denn, dafs es als rechtsſtreitig anerkannt werden müſste: *ob* ein ſolcher Vortrag für inept erkannt werden *könne?* Denn in dem letztern Fall

de probationibus. 4. 19. Verweben ſich jedoch dergleichen Einſtreuungen und Erweiterungen mit andern zweckfördernden Verhandlungen, wird jenes Irrelevante u. dergl. im Gange des Proceſſes nur nebenbey durch Interlocute geſchieden und ausgeworfen, z. B. bey dem Beweis ein Theil der Fragſtücke, der Artickel, der Beweismittel u. ſ. w., ſo ſtellt der Richter das Erkenntnis über die durch jene Streitpunkte mit aufgelaufenen Unkoſten bis dahin aus, wo über die Unkoſten der ganzen Sache, §. d. nr. 3. pag. 195., zu erkennen iſt. Mit dieſen haben ſie dann gleiches Schickſal; beſonders weil es an ſich betrachtet kein Merkmal der malae fidei iſt, die Hauptſache durch, wie man glaubt adminiculirende, Nebengründe zu ſtützen. Anders verhält es ſich, wann jene nutzloſe Unternehmungen abgeſonderte Verhandlungen veranlaſſen, und mithin den Character einer leichtfertigen Verzögerung annehmen. Jene durch eingeſtreute Erweiterungen mitauflaufende Unkoſten auf Rechnung des *Richters* zu ſchreiben, *Borſt*, a. a. O. §. 28. pag. 74. u. d. f., dürfte um ſo ſchwieriger ſeyn, als er im Zweifel das Gehör der Partheyen nicht beengen darf. Auch hebt dieſer Schriftſteller ſeine Meinung dadurch von ſelbſt auf, daſs er des Richters *Irrthum im Verſtande* für *ſchuldfrey* erklärt.

Fall ist zugleich auch die Rechtsfrage: ob nicht ein zu Recht beständiger Procefs auf jenen Vortrag der zurückgewiefsenen Parthey sich gründen lasse? auf eine solche Weise rechtsstreitig, welche in Rücksicht auf das Material der Hauptsache die bona fides des in soweit nur *schwankend* Besiegten zu dem Behuf der Kostenvergleichung vollkommen rechtfertiget [227]). Endlich ist solche vorzüglich in den Fällen ausgeschlossen, wo der Vortrag einer Parthey als an sich betrachtet schlecht-

[227]) Man sehe z. B. hin auf die Streitfrage: ob in dem Executiv-Procefs die exceptio non numeratae pecuniae mit der römisch-rechtlichen Wirkung einer klaren Schuldschrift entgegengesetzt werden könne, die noch nicht das Alter von zwey Jahren erreicht hat? Diejenigen, welche diese Frage bejahen, werden eine blos auf jenes Document gegründete Klage als angebrachter Masen unstatthaft verwerfen, andere hingegen, welche in dem Hülfsprocefs jene, dieser teutschrechtlichen Verfahrungsart nicht angemessene, Ausflucht eines nur zur Hülfe recipirten fremden Rechts ausgeschlossen wissen wollen, finden kein Hindernis, den Beklagten sofort zu verurtheilen. In jenem ersten Fall, und in allen ähnlichen Fällen, ist es dann vollkommen rechtlich, die Unkosten zu vergleichen. M. s. §. bb. lit. D. Hommel, in Rhaps. qu. for. Obs. 133.

ſchlechthin unſtatthaft, nicht einmal einer Verbeſſerung fähig [228]), oder als eine noch nicht reife Rechtsverfolgung [229]), oder als eine unbegründete Verzögerung des Proceſſes, befunden [230]) und aus ſolchen Gründen erkannt wird, neben welchen andere, die des Zurückgewieſenen Unternehmen zu entſchuldigen vermögten, aus den Acten und der Rechtslehre der richterlichen Reflexion ſich nicht darſtellen, [231]).

§. bb.

228) Z. B. das an ſich betrachtet klare Factum der Klage, wäre es auch vollkommen wahr, begründet keine Verbindlichkeit — kein Klagrecht — ſo daſs ſchlechthin das Erkenntnis erfolgen muſs: *Klägers Suchen finde nicht Statt.* Martin, §. 139. u. 161.

229) Vorzüglich alſo bey der pluris petitio tempore, wann das Erkenntnis erfolgt: *Klägers Suchen finde noch zur Zeit nicht Statt.* Martin, §. 134. Danz, §. 74.

230) Dahin gehören alle expenſae litis retardatae, im weiteſten Sinne, §. d. d. Abh. nr. 2. pag. 194., mithin nicht blos diejenigen, welche ein für unbegründet befundenes Rechtsmittel gegen ein richterliches Erkenntnis veranlaſst hat.

231) Auch hier können erhebliche Rechtszweifel eintreten, ob die Verzögerung für leichtfertig zu achten ſey; und ſo oft über einen Koſtenpunkt zu erkennen iſt, müſſen die §. bb. erwähnten

§. bb.

Wenn man nun folgert und voraussetzt:

1) die Lehre von den Processkosten, deren Erstattung und Compensation, *ist in das Gebiet der Lehre von dem Schadens-Ersatz zu verweissen* — auch stehet hierbey

2) die Grundregel: „*der Besiegte trägt und erstattet sämtlichen nothwendigen Aufwand auf den für ihn verlohrnen Rechtsstreit*,“ dergestalt an der Spitze[232]), dass zwar

3) aus dem Besiegtwerden die *Rechtsvermuthung* hervorgehet, „der Besiegte habe eine ungerechte Sache wissentlich, wenigstens aus grober Ignoranz, vor Gericht gebracht, oder hier vertheidiget,“ jedoch diese Präsumtion

4) durch solche, in den Acten als erwiessen vor-

wähnten Gründe der Compensation, vorzüglich der unter lit. D. angeführte Grund, in Erwägung gezogen werden. Daher können auch dann, wann ein richterl. Erkenntnis *bestätiget* wird, die Unkosten dieser Instanz dennoch verglichen werden. Oelze, a. a. O. §. 319. Hommel, a. a. O. §. 100.

232) Dieses haben schon viele früher als Weber behauptet. Oelze, a. a. O. §. 286. Claproth, in dem ordentl. Process, Thl. II. §. 203. Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. I. Sect. I. Mbr. IV. Cap. II. §. 12. u. a.

vorliegende, Momente entkräftet und aufgelöſst wird, welche der Reflexion des das Erkenntniſs dorther ſchöpfenden Richters entgegen treten und ihm die Ueberzeugung abnöthigen, es erſcheine die von ihm als beſiegt erachtet werden ſollende Parthey durch jene *objectiv* ſich darſtellenden Momente gegen den Vorwurf einer bösabſichtlichen oder leichtſinnigen Proceſsführung gerechtfertiget, ſo ſind folgende Fälle auszuheben, in welchen *Compenſation* der Proceſskoſten, reſp. wegen *gegenſeitiger* Schuld, und reſp. wegen einer dem Beſiegten zur Seite tretenden, *objectiv* hervorleuchtenden, bona fides, für rechtlich beründet zuerachten iſt:

A) Wann aus dem Reſultat des Rechtsſtreits und deſſen Grundlage ſich ergiebt, daſs *jeglichem* der ſtreitenden Theile wenigſtens die präſumtive temeritas litigandi, oder in dem Urſprunge des Geſchäfts, aus welchem der Proceſs hervorgegangen iſt, eine nach desſelben Rechtsnatur imputable Culpa [233]), beygemeſſen werden darf [234]). Hauptſächlich iſt dieſes anzunehmen

I)

[233]) Vermöge der allgemeinen Regel: *Gegenſeitige Schuld gleicht die Folgen aus.* vid. §. q. not. 131. pag. 241. u. d. f.

[234]) Indem der Richter über den Koſtenpunkt urtheilt,

I) im Fall der Procefs *verfchiedene* Objecte und hierauf fich beziehende Streitfragen zum Gegenftand hatte, *jede* Parthey aber refp. *obfiegt* und refp. *befiegt* wird [235]) —

II)

urtheilt, mufs er feinen Blick auch auf die *Quelle* des vorliegenden Rechtsftreites zurückführen. Es ift möglich, dafs in den Verhandlungen felbft eine Parthey vollkommen legal fich benehme, und endlich als Sieger fich darftelle; gehet man aber zurück, fo findet man, ein Verfehen derfelben gab *Veranlaffung* zu dem Procefs. Z. B. der klagende und fiegende Contrahent hätte doch deutlicher reden follen — der beklagte und in der Hauptfache frey zufprechende Vormund regte felbft den Anfchein einer Nachläffigkeit gegen fich auf — u. dergl. In folchen Fällen mufs man *denjenigen Grad* der Culpa als Maasftab nehmen, welcher in dem Gefchäft, aus welchem die Klage hervorgienge, zu vermeiden war.

235) Diefes kann der Fall feyn bey einer objectiven Klagenhäufung, (Martin, §. 135.) und bey der Verhandlung über eine Wiederklage neben der Hauptklage in den nemlichen Acten. (Martin, §. 146.) Dafs jedoch derjenige, welcher in einem blofen Nebenpunkt obfiegte, deshalb nicht fofort Anfpruch auf Compenfation der Unkoften machen könne, Weber, a. a. O. §. 14. Leyser, in Medit. ad Pand. fp. 88. med. 4., ingleichen dafs, find die gegenfeitigen Streitpunkte am Gehalt und Umfang fich un-

II) in dem Falle derjenigen Zuvielforderung, wo der behauptende Theil von der Quantität, welche ihm *ganz* verneint wurde, nur einen partem zu beweisen vermochte, so daſs sein Gegner zum Theil verurtheilt, zum Theil aber entbunden wird [236]) —

III)

ungleich, das richterliche Ermessen eine verhältnismäßige Vertheilung anordnen müsse, Oelze, a. a. O. §. 288. Emmrich, a. a. O. §. 56., ist an sich gewiss gerecht; nur wird die Scheidung, das Auffinden des Verhältnisses, oft sehr schwierig seyn. Grundregeln für jene Sonderung giebt Weber, a. a. O. pag. 145. u. d. f.

[236]) Offenbar ist hier, nach dem Resultat des Processes, jeder Theil in culpa — der Kläger hätte nicht mehr behaupten sollen, als er zu beweisen vermochte, und dadurch, daſs der Beklagte zum Theil als verbindlich befunden wird, ist auch zugleich desselben absichtliches oder leichtfertiges Läugnen blos gestellt. Wenn hingegen der Kläger sein Gesuch blos auf Accessionen ausdehnte, die ihm in dem Endurtheil nicht zugesprochen werden, z. B. Zinnsen, Früchte u. dergl., so folgt *daher allein* kein Grund zur Kostencompensation, da man den Kläger in seinen Folgerungen aus der gegründeten Hauptverbindlichkeit seines Gegners so sehr nicht einklemmen kann, und da eine dort-

III) im Fall das die zu entſcheidende Streitfrage begründende *Factum* zwar an ſich betrachtet, ſo wie es exiſtent wurde, als vollbewieſen vorliegt, jedoch ſeiner Geburt nach ſo beſchaffen iſt, daſs, ſtellt man es auch unter an ſich klare Geſetze, doch der Zweifel entſtehet, *welches* von dieſen auf jenes Factum *anwendbar* ſey, und nun, jenachdem man eine oder die andere jener Rechtsnormen auf letzteres anwendet, jeder der ſtreitenden Theile, wenigſtens bedingt, oder pro parte, reſp. ſie-

dorther für ſich abgeleitete Rechtsfolgerung, welche ohnehin der Regel nach keine *beſondern* Koſten veranlaſst, als Merkmal einer malae fidei ſich nicht aufgreifen läſst. *Petimus iniqua ut conſequamur aequa.* Daferne in jenem erſten Fall einer pluris petitio *re* der Beklagte in der Litisconteſtation die wirklich ſchuldige Summe unbewunden einräumte, der Kläger aber auf dem von ihm behaupteten gröſsern Quanto beſtehet, und den deshalb ihm aufgelegten Beweis nicht einmal bis zu der Wirkung eines geſetzlichen Eydes zu führen vermag, ſo müſſen dem Beweisführer die Unkoſten ſolchen Beweiſes und deſſen Folgen ausſchlieſslich zur Laſt fallen. Denn inſoweit trifft *ihn allein* die Schuld und die Vermuthung einer leichtfertigen Streitluſt. M. ſ. Weber, a. a. O. §. 14. pag. 146. u. §. ee. dieſ. Abh. p. nr. 6.

ſiegen oder beſiegt werden könnte — m. a. W.: falls das vollerwieſene Factum als *zweydeutig* vorliegt, *das* aber, daſs es *dubiae* interpretationis iſt, keiner der Partheyen als eine imputable Schuld *ausſchlieſslich* beygemeſſen werden kann [237]) —

IV) im Fall ein Theil des Vortrags der ſiegenden Parthey zu vergeblichen, durch das Wechſelverfahren hindurch laufenden, Verhandlungen Veranlaſſung giebt, und

[237]) *Hier* wird vorausgeſetzt, daſs in Rückſicht auf die factiſche Quelle des Rechtsſtreites nicht blos der jetzige Sieger Veranlaſſung zu einer Dunkelheit, Zweydeutigkeit, und hierdurch zu Zweifeln in der Auslegung, Gelegenheit gabe, vid. not. 234., ſondern daſs *beyde* Theile das Geſchäft nicht mit der gehörigen Vorſicht vollzogen. Aber auch in dieſem Fall ſtehet dem Sieger die *eigene Mitſchuld* als Hindernis entgegen, von dem Ueberwundenen Erſtattung der Unkoſten zu verlangen. Könnte hingegen *keiner Parthey* eine Schuld beygemeſſen werden, z. B. weil vielleicht die öffentliche Behörde, die den Contract aufzunehmen und für deſſen Deutlichkeit zu ſorgen hatte, dieſes vernachläſſigte, ſo ſind die Unkoſten dennoch aus *dem* Grund zu vergleichen, weil jeder Theil gegen den Vorwurf einer leichtfertigen Streitſucht gedeckt iſt.

und am Ende des Proceſſes als zweck- oder grundlos erkannt wird, obgleich der Proponent in der Sache ſelbſt, im Gefolge des übrigen Theils ſeines Vorbringens, den Obſieg erhält [238]).

B) Wann das der zuentſcheidenden Streitfrage zum Grund liegende *Factum* zwar an ſich betrachtet einfach und *ſo* beſchaffen iſt, daſs daſſelbe, wäre der Richter von deſſelben Wahrheit auf die legale Weiſe vollkommen überzeugt, unter ein den Worten und dem Sinn nach klares Geſetz ſich

[238]) Es läſst dieſes z. B. ſich denken, wann der Kläger mehrere *Klaggründe* häuft und durch den, auf ſolche Weiſe erweiterten, Proceſs hindurch führt, am Ende aber der eine oder der andere als *durchaus fruchtlos* befunden und erkannt wird. Fordert der A von dem B einen Verlag, den er für dieſen *ex pacto* übernommen habe, ſtützt ſich aber *zugleich darauf*, wenigſtens habe er *als negotiorum geſtor* ein Klagrecht auf Erſatz, erweiſst auch den Verlag und deſſen Nützlichkeit, der vorzüglich bearbeitete Beweis jenes ausdrücklichen Vertrags hingegen fällt ganz leer oder wider ihn ſelbſt aus, ſo ſind die Unkoſten zu compenſiren. In Rückſicht auf dieſe, durch das Reſultat als zwecklos dargeſtellte, Erweiterung des Rechtsſtreits iſt auch der Kläger als temerarius litigator anzuſehen.

ſich ſubſumiren und daher ein *reines* Reſultat des Sieges ſich ziehen lieſse, jedoch die geſetzlichen Bedingungen jener *vollen* Ueberzeugung des Richters in den Acten nicht vorhanden ſind, daher aber das richterliche Nothrecht, durch einen geſetzlichen Eyd die juridiſche Wahrheit herzuſtellen, und hierdurch dem Rechtsſtreit ein Ende zu machen, wirkſam werden muſs [239]) — mithin

I)

239) WEBER, a. a. O. §. 12. will auch die richterlich aufgelegten Ergänzungsoder Reinigungs-Eyde durchaus nicht als Hindernis anerkennen, den nach ihrer Ableiſtung Beſiegten zu der Erſtattung der Unkoſten an den auf jene Weiſe ſiegenden Theil zu verurtheilen. Die allgemeinen Gründe hiergegen ſind ſchon in dem §. 2. pag. 288. u. d. f. enthalten. Faſt noch ſtrenger als WEBER iſt in dieſem Betracht SCHMIDT gen. PHISELDECK, §. 20. pag. 105. u. d. f. Dagegen EMMRICH, a. a. O. §. 39. u. d. f. und alle daſelbſt angezogene ältere Rechtsgelehrte. Der den Römern bekannte Erfüllungs-Eyd iſt in *cauſis dubiis* zu erkennen, L. 31. Dig. de jurejurando. 12. 2., und in *dieſen* Fällen ſoll ja eben der *Beſiegte* zu der Koſtenerſtattung *nicht* pflichtig ſeyn. L. 5. §. 1. Cod. de fruct. et lit. expenſ. 7. 51. *Vor* der Ableiſtung des Ergäuzungs-Eydes iſt aber der Gegner *noch nicht beſiegt*. Dieſes Geſetz, welches nach WEBERS eigener Mei-

I) daferne das Endurtheil mit einem *Erfüllungs-Eyd* bedingt ist, habe nun diesen zu leisten

1) der unter jener Bedingung siegen sollende Kläger [240]), oder

2)

Meinung blos von zweifelhaften, unvollkommenen, *Thatsachen* sprechen soll, würde hinzugefügt haben: es wäre denn die *res dubia* durch einen Ergänzungs-Eyd *certa* geworden.

[240]) Wäre die Weberische Meinung ganz consequent, so dürften die Gesetze in diesem Falle den Kläger gar nicht zum Erfüllungseyd zulassen, indem er *zum Voraus berechnen müssen*, er werde seine Behauptung *vollständig darzuthun nicht vermögen.* Wenigstens wäre insoferne *auch er* in culpa. *Nam plane qui agit certus esse debet.* L. 42. Dig. de regulis juris. 50. 17. Wollen nun die Gesetze dem Beweisführer, welcher die Beweismittel nicht, wie eine Waare, nach seinem Belieben kaufen kann, zu Hülfe kommen, so wird doch dadurch *nicht aufgehoben*, dafs der Kläger von der *Grenze der Vollkommenheit* zurückbliebe, und des Richters Ueberzeugung im Zweifel liefse. Was *nachher* der Richter thun darf, um seine schwankende Ueberzeugung zu befestigen, gehet nicht von der Thätigkeit des Beweisführers aus.

2) der nach desselben Ableistung entbunden werden sollende Beklagte [241]) —

II) daferne das Definitiv-Erkenntnis der einen Parthey einen *Reinigungs-Eyd* zuerkennt, sey dieses

1) dem Kläger, um hierdurch ein Hindernis seines Sieges zu entfernen [242]), oder

2) dem Beklagten, um nach dem Abschwur des

[241]) Was in der Note 240. von dem Kläger gesagt wurde, gilt hier von dem Beklagten, weil dieser in Hinsicht auf den Beweis seiner zerstöhrenden Einreden als Kläger zu beurtheilen ist. L. 1. Dig. *de exceptionibus.* 44. 1. L. 9. et 19. Dig. *de probationibus.* 22. 3.

[242]) Es wird nemlich hierbey vorausgesetzt, dass der Beklagte seine zerstöhrende Einrede *in tantum* erwiesen, hierdurch aber den Vorwurf eines leichtfertigen Gebrauchs jenes Vertheidigungs-Mittels von sich abgewendet habe. Durch welche vielfache Schicksale kann der von der Wahrheit seiner Behauptung vollüberzeugte und gewisse Beweisführer in die Lage der physischen Unmöglichkeit, einen *vollkommenen* Beweis herzustellen, versetzt werden! Und wie sehr ist er hierbey der subjectiven Ueberzeugung des Richters, dessen Verstandes-Reflexion u. dergl., unterworfen!

des Eydes von seines Gegners Anspruch losgezählt zu werden [243]).

C) Wann der Hauptbeweis mit dem *directen* Gegenbeweis dergestalt collidirt, daſs erster als aufgewogen erscheint, und weder in Hinsicht auf den erstern noch auf den letztern das Erkenntnis auf einen gesetzlichen Eyd für begründet zu achten ist [244]).

D)

243) Hier hat doch der Kläger den Grund seiner Klage *insoweit* dargethan, daſs sich nicht annehmen läſst, er habe seine Klage aus den Fingern gesogen. Auch kann ein Kläger, dem nur schwache Beweismittel zu Gebot stehen, nicht berechnen, ob sein Gegner das Factum geradezu und gänzlich verneinen werde. Wie ungerecht also, daſs derselbe auf sein Recht verzichten oder erwarten soll, auf den Fall eines halben oder etwas geringern Beweiſses in sämmtliche Unkosten des Processes verurtheilt zu werden! Uebrigens gelten hier auch die in der vorigen Note für den Beklagten angeführten Gründe.

244) So wie in diesem Fall das Resultat beyder Beweiſse gegenseitig sich aufhebt, oder vielmehr die Wage hält, so auch die Präsumtion für die Temeritas des einen und des andern Theils. Selbst wann der directe Gegenbeweis in sich stärker seyn sollte, als der damit collidirende Hauptbeweis, kann jenes die aus dem letztern hervorgehende Rechtfertigung der bona fides

D) Wann der Ueberwundene im Gefolge des wider ihn geführten, ſey es auch vollkommenen, Beweiſses eines ſolchen Facti beſiegt wird, welches auſser ſeiner eigenen Perception lage, und von deſſen Wahrheit er ſich nicht eher zu überzeugen brauchte, als bis ſein Gegner die juridiſche Gewiſsheit hergeſtellt hatte [245]); mithin im Falle

I)

des Beweisführers nicht vertilgen. Dieſer *durfte* ſeinen wirkſam gewordenen Beweismitteln *vertrauen* — der Richter muſs zwar den Inhalt des Gegenbeweiſses *vorziehen*, dieſes jedoch nur im Gefolge der Rechtsregel: *in dubio pro reo pronunciandum eſt.* Immer alſo bleibt die Sache ſelbſt eine *res dubia*, bey welcher der menſchliche Verſtand des Richters unter die Form des poſitiven Rechts ſchweigend ſich beugt. A. M. iſt Weber, a. a. O. §. 13. lit. k. Anders aber verhält es ſich, wann der directe Hauptbeweis durch den *indirecten* Gegenbeweis entkräftet wird, z. B. durch die Einrede der Zahlung u. ſ. w. Hier kann ein vorzüglicher Grund ſich bilden, eine mala fides des Beſiegten zu vermuthen.

245) Daſs unter ſolchen Verhältniſſen die Vergleichung der Unkoſten rechtlich ſey, hat die allgemeine Stimme für ſich, jedoch mit vollem Grund auf das *Verneinen* oder *Nichtwiſſen* einer fremden Handlung *beſchränkt.* Denn wer eine ſolche Thatſache als Grund eines ihm zuſtehen

I) der thatſächliche Klaggrund in Rückſicht auf den Beklagten ein *Factum plane alienum* enthält, oder

II)

hen ſollenden Rechtes *behauptet*, erkennt es zugleich als nothwendig an, dieſelbe gehörig zu beweiſsen. Oelze, a. a. O. §. 287. nr. 1. u. 2. Emmrich, a. a. O. §. 30. Schmidt gen. Phiseldeck. §. 17. nr. 3. u. 4. Weber, a. a. O. §. 6. *b.* Weſentlich liegt dieſes auch in der L. 42. Dig. *de regulis juris.* 50. 17.; obgleich dieſes Geſetz die Ignoranz des Beklagten zunächſt nur *deshalb* entſchuldiget, weil es ihm *an Zeit gemangelt habe*, von der Wahrheit des Facti alieni ſich zu unterrichten. Eben hieraus aber folgt, daſs dem antwortenden Theil *als Zwangspflicht obliegt*, „Erkundigung von der Wahrheit oder Unwahrheit jener *Thatſache* einzuziehen.“ Dieſes ſprechen auch andere Geſetze deutlich und ſo aus, daſs *hierbey*, bey dieſer Nachforſchung, der Fleiſs eines *vorſichtigen* Hausvaters angewendet werden ſoll. L. 6. et 9. §. 2. Dig. *de juris et facti ignorantia.* Daſs die L. 42. all. auch auf den Beklagten anwendbar ſey, inſoferne dieſer eine Einrede auf ein factum alienum gründet, und in dieſem Falle auch dem Kläger die Ignoranz reſp. nicht zu verargen iſt, folgt aus dem ſchon oft angezogenen Princip: *reus in exceptione actor eſt.* L. 1. Dig. de except. 44. 1. L. 9. et 19. Dig. de probat. 22. 3. War übrigens die eigene fleiſsige Nachforſchung des Antworters fruchtlos, ſo

braucht

II) der zerstöhrenden Einrede des Beklagten ein in Hinsicht auf den Kläger ganz fremdes Factum zum Grunde gelegt wurde, dort der Beklagte, hier der Kläger die Thatsachen [246]) in Abrede stellte, der Gegner jedoch ihre Wahrheit erwiesse.

E)

braucht er sich von der Behauptung seines Gegners nicht eher zu überzeugen, als bis der Richter über deren Beweis rechtskräftig abgesprochen hat. — Was dieser noch nicht für bewiessen erachtete, braucht auch jener nicht zu glauben. Ueberhaupt ist dem Antworter eine schwere Ueberzeugung zu verzeihen. Emmrich, a. a. O. pag. 153. Die im Laufe des Processes diesen, unter dem Vorgeben „*erlangter Ueberzeugung von dem Recht des Gegners*,“ aufgebende Parthey, wird die Vermuthung früherer Wissenschaft gegen sich aufregen und daher, ohne jenes glaubhaft nachgewiesen zu haben, der Gefahr, in sämmtliche Unkosten verurtheilt zu werden, sich aussetzen. Emmrichs Lehre a. a. O. §. 34. ist daher um so bedenklicher, da das angezogene Gesetz sie nicht begründet. Vid. jedoch die not. 146. mit der Note 224. pag. 305.

Eigene Handlungen *nicht* oder *falsch* zu wissen, ist eine unverzeihliche Schuld; doch ist auch diese Regel nicht ohne Ausnahme. Emmrich, a. a. O. §. 29. not. g. Weber, a. a. O. §. 6. *b.* not. 2. pag. 63. Oelze, a. a. O. §. 115.

246) Auch das *fremde, ausländische*, nicht zur Hülfe

E) Wann zwar das Factum als vollbewiefsen, auch nicht als zweydeutig vorliegt, dahingegen, fiehet man hin auf die darauf anzuwen-

Hülfe recipirte, Recht ift hierzu zu rechnen, da *dieses* zu kennen der Staatsbürger nicht verbindlich ift. Doch mufs man vorausfetzen, dafs derjenige, welcher wegen einer aus fremden Gefetzen abgeleiteten Verbindlichkeit belangt wird, das Gefchäft nicht felbft im Auslande abgefchloffen habe, oder abfchliefsen laffen. Denn war dieses, fo mufste er fich auch, und zwar vor dem Abfchlufs, von den Gefetzen jenes Landes unterrichten; fo wie diefes auch in Hinficht der perfönlichen Qualitäten deffen der Fall ift, mit welchem man ein Rechtsgefchäft verhandelt. L. 19. pr. Dig. *de regulis juris.* 50. 17. L. 19. Dig. *de Scto. Maced.* 14. 6. Das *Gewohnheitsrecht* bildet fich durch Handlungen der Staatsbürger, und deffelben Exiftenz ift alfo als ein *Factum alienum* zu betrachten, welches fogar aufser der Kenntnis des Richters liegen kann, und daher mittelft eines befondern Beweifses in den Acten darzuthun ift. Um fo mehr alfo entfchuldiget fich die Ignoranz des *Gegners*, jedoch ebenfalls unter der Bedingung, dafs eine ernfte Nachforfchung von dem Vorhandenfeyn des juris confuetudinarii ihn nicht überzeugte. Je bekannter diefes dem Publicum ift, defto weniger Entfchuldigung verdient jene Ignoranz. Weber, a. a. O. §. 7. M. f. a. Emmrich, a. a. O. §. 43.

wendende Rechtsnorm, entweder ein zu der Entscheidung dienendes positives Gesetz sich gar nicht vorfindet [247]), oder dieses, so

[247]) Daſs dieses möglich sey, bekennen die Gesetze selbst, und verweisen dann auf Analogie, allgemeine Principien, Naturrecht, Billigkeit u. s. w. L. 5. 10. 12. 13. et 27. Dig. *de legibus* 1. 3. L. 1. §. 2. Dig. *quod falso tut. gest.* 27. 6. L. 29. §. 5. Dig. *de liber. et posth.* 28. 2. L. 7. §. 2. Dig *de jurisd.* 2. 1. L. 30. in f. *de negot. gest.* 3. 5. L. 11. D. *de praesc. verbis.* 19. 5. L. 26. §. 9. Dig. *ex quibus causa maj.* 4. 6. L. 7. D. *de in integr. rest.* 4. 1. L. 90. Dig. *de regulis juris.* 50. 17. L. 91. §. 3. Dig. *de verb. obligat.* 45. 1. L. 2. §. 5. Dig. *de aqua.* 39. 3. Gäbe man aber Webern a. a. O. §. 8. auch zu, daſs irgend eine ignorantia juris um so weniger Verzeihung verdiene, wann man ein Recht gerichtlich verfolgen will, dadurch aber sich aufgefordert finden muſs, nach Vorschrift der Gesetze (§. w. not. 198.) allenfalls durch Sachverständige sich unterrichten zu lassen: *quid juris? so trifft doch dieses noch nicht den rechten Punkt*, von welchem die Entschuldigung des Irrenden ausgehet. In der *Anwendung* des Rechts auf das Factum liegt, wie schon oben gesagt (§. w.) die groſse, auch die prudentissimos oft täuschende, Schwierigkeit. Um wie vieles ist nun diese in dem vorausgesetzten Fall erhöhet! Ein positives Naturrecht giebt es nicht und, kann es nicht geben. Man streitet so-

ſo wie es vorhanden iſt, durch die doctrinelle Erklärung als dunkel, und einer mehrfachen, zu verſchiedenen Reſultaten führenden, Auslegung und Anwendung fähig, anerkannt wurde [248]), ſo daſs der Richter, je-
nach-

ſogar: „ob überhaupt ein Naturrecht ſich conſtruiren laſſe?“ und jeder Lehrer dieſer Wiſſenſchaft formt ſich nach Willkühr auf einige Jahre ein eigenes Naturrecht. Die Taxe der Billigkeit hat gleiches Schickſal. Analogie, allgemeine Principien, ſo wie ſie beſtehen, ſind Rohrſtäbe, die der von dem Verſtand des Richters beherrſchte Wind Rechtens auf jede Seite beugen kann. Arme Parthey die du in dieſem Schilfmeer dich verirrſt, von zehn verſchiedenen Wegweiſern eben ſo vielfach berichtet wirſt, und am Ende die Erlaubnis zum Verirren in dieſer Staatsanſtalt noch bezahlen ſollſt! Borst, a. a. O. §. 26. pag. 69. u. d. f. hat nicht ganz Unrecht, wenn er, ſo oft das Recht ſelbſt ungewiſs iſt, *beyde* Theile von der Entrichtung der Sporteln frey geſprochen wiſſen will.

[248]) Ein unklares, zweydeutiges, *ſelbſt litigiöſes*, Geſetz iſt ſo gut *als nicht vorhanden*; ja ſeine völlige Nichtexiſtenz wäre noch beſſer für den Staatsbürger. An ihm läſst ein Irrthum ſich nicht verſchulden; denn der Staat ſelbſt *erlaubt* und *veranlaſst* dieſen dadurch, daſs er das mehrfarbige, doppelzüngige Weſen als
Richt-

nachdem solcher der einen oder der andern Meinung beypflichtet, sowohl dem Kläger als

Richtschnur und Wegweiser anordnet. Wann Weber a. a. O. §. 9. gegen die allgemeine Meinung, „dass, im Falle das jus dubium und controversum sey, die Unkosten zu compensiren wären," behauptet: „es sey dieses den Vorschriften der Gesetze und deren Analogie keineswegs angemessen, vielmehr die vermeinte Billigkeit hier sehr übel angebracht, weil die Anwendung höchst unsicher sey, am Ende nur Ungerechtigkeiten zum Vorschub diene, und überhaupt die schädlichsten Folgen für das Ganze nach sich ziehe," so ist alles dieses nur von seiner eigenen Meinung wahr. Er erlaubt, dass das Gesetz die Partheyen in die Falle führen und die eine derselben, welche der Richter nach seinem subjectiven Willen auswählen könne, plündern dürfe. Ist es denn *möglich*, dass unter jenem Verhältnis die Parthey den Ausgang des Processes berechne, und sich gegen Irrthum sichere? Doch die Hauptzüge der Widerlegung sind schon in dem §. w. enthalten. Hier noch einige Zusätze. Weber glaubt, die L. 5 §. 1. Dig. *de fruct. et tit. expens.* und Nov. 82. §. 10. spreche nur von zweifelhaften *Thatsachen*, das Recht selbst aber sey certum. Allein dadurch, dass Neratius in der L. 2. Dig. *de jur. et facti ignor.* äusserte: es solle und könne certum seyn, wird solches eben so wenig bewirkt, als durch Donells Meinung. Justinian giebt es z. B. in L.

als dem Beklagten den Sieg, wenigſtens bedingt, oder zum Theil, zuerkennen könnte.

F)

L. 9. et 12. §. 1. Cod. *de legibus* 1. 14. ſelbſt zu, daſs obſcuritates und aenigmata in ſeinem Geſetzbuch ſich finden könnten; und ſo wenig deſſelben Aeuſserung in der Conſt: *Tanta Circa de conf.* Dig. §. 15. den teutſchen Rechtsgelehrten, wie die Erfahrung lehrte, als Glaubens-Artikel ſich aufdringen lieſse, ſo wenig kann eine Parthey zwangspflichtig ſeyn, die von jenem Geſetzgeber in der L. all. 9. Cod. *de legibus* dargebotene authentiſche Erklärung auf ihre alleinige Koſten in einem Lande zu ſuchen, wo man die Rechtscontroverſen ſeit Jahrhunderten gleichſam als die Seele der Wiſſenſchaft dultet, ja ſogar denjenigen obendrein belobt und belohnt, welcher in Rückſicht auf den Sinn eines Geſetzes einen neuen Zweifelsgrund, ſey dieſer nur ſcharfſinnig, wenngleich querſinnig, aufzufinden vermag. Auch ſind es eigentlich die Richter, welche die authentiſche Interpretation ſuchen ſollen. L. all., 9. §. 1. Cod. *de legibus*. 1. 15. Es läſst ſich daher die Nov. 82. Cap. 10., ſo wie die L. 5. all. allerdings auch von dem *jure* dubio verſtehen. L. 1. Dig. *de transact.* 2. 15. *L.* 12. *Cod. ej. tit.* 2. 4. *L.* 55. §. 1. *Dig. de legatis II.* 31. Und erwägt man nun hierbey, wie oft die teutſchen Rechte mit den zur Hülfe recipirten fremden, ſchon *als ſolche* nicht ſelten dunkeln, Geſetzen in Colliſion treten,

F) Wann die Partheyen über den Streitpunk einen Vergleich abschliessen, ohne

in

ten, so erkennt es die Vernunft als eine mehr als grausame Despotie, den Unterthan, welcher es wagt, die ihm günstige Erklärung eines zweifelhaften Gesetzes für sich benutzen zu wollen, deshalb mit dem Ersatz aller Processkosten zu bestrafen, weil der Richter zufällig einer andern Meinung zugethan ist. Man denke z. B. nur an die Streitfrage: ob den Brautkindern die Rechte ehelicher Geburten zu gestatten sind? SCHNAUBERT, in den Grundf. des Kirchenrechts §. 255. GLÜCK, in der Lehre von der Intestat-Erbfolge. §. 97. Soll hier der unterliegende Theil auch noch sämmtliche Processkosten bezahlen? — Er hat sich *nicht geirrt*, sondern er ist *getäuscht*, und durch Zufall besiegt *worden* — er ist *ohne alle Schuld*, und würde als liederlicher Hausvater die Pflichten gegen sich selbst verletzt haben, hätte er resp. nicht klagen oder sich nicht vertheidigen wollen. Uebrigens muss der Richter in dem Gebiet der Rechtslehre bewandert seyn und also auch wissen: was ist für rechtsstreitig zu achten? Urtheilt er hierbey zu gelinde, siehet er jede Winkelmeinung für ein anerkanntes dubium an, so ist doch die daher entspringende Ungerechtigkeit bey weitem nicht so gross, als diejenige, welche aus der Weberischen Regel hervorgehet: dafür, „dass der Staat des jus aus dem Glückskopf greifen lasse, müsse der, welcher die Niete ziehet, auch sämmtlichen Aufwand

in diesem des Kostenpunkts zu gedenken, der Richter aber jenen Vergleich durch ein Erkenntnis auszusprechen hat [249]).

G)

wand der Feyerlichkeit allein bezahlen.“ M. s. a. Emmrich, a. a. O. §. 44. Schmidt, gen. Phiseldeck, a. a. O. §. 22.

249) Der Vergleich ist seinem Begriff nach ein Vertrag, durch welchen jeder Interessent einen Theil seiner auf Rechtsverhältnisse sich beziehenden Behauptungen deshalb fallen läſst, weil selbige als zweifelhaft vorliegen. *Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit.* L. 1. Dig. de transact. 2. 15. L. 12. Cod. ej. tit. 2. 4. L. 6. Cod. de solut. et liberat. 8. 43. Und da nun auf diese Weise durch den eigenen Willen beyder Theile ungewiſs bleibt, auf welcher Seite das Recht sich befande, und wessen Schuld den Proceſs veranlaſst habe, so folgt auch von selbst, daſs, wurde in dem Vergleich der Proceſskosten wegen nichts bestimmt, auch diese für stillschweigend gegen einander aufgehoben zu erachten sind. Im Fall nun, wie in einzelnen Fällen möglich ist, besonders wann nicht alle Theile der Hauptsache durch Vergleich niedergeschlagen wurden, noch ein besonderes Erkenntnis des Richters das Resultat des ganzen Processes ausſprechen muſs, so sind, in Rücksicht auf jenen Vergleich, die Unkosten zu compensiren. Doch kann auch hier das in der Note 235. erwähnte Vertheilungs-Princip zur Anwendung kommen.

G) Wann das in der vorigen Instanz ertheilte, durch ein *ordentliches* [250]) Rechtsmittel von der Rechtskraft suspendirte, richterliche Erkenntnis in der über jenes Rechtsmittel erkennenden Instanz, *ohne Rücksicht auf nova* [251]), *abgeändert* wird, so sind schon deshalb [252]) die Unkosten *dieser* Instanz von Richteramts wegen zu vergleichen [253]).

§. cc.

[250]) Bey den außerordentlichen Rechtsmitteln (Martin, §. 284. u. d. f.) sind andere Grundsätze anzuwenden §. dd.

[251]) Im Fall die Reformation blos eine Folge der beygebrachten novorum ist, so müssen die Unkosten dieser Instanz dem *Sieger* ausschliesslich zur Last fallen. §. ee.

[252]) Auch *andere* Compensations-Gründe können hinzutreten, z. B. zweifelhaftes Recht, mit einem gesetzlichen Eyd *bedingte* Abänderung, u. s. w.

[253]) Dieser altmodische Satz ist durch neuere Meinungen sehr zerrissen worden. Man vergleiche Weber, a. a. O. §. 11. nr. 2. pag. 108. u. d. f. Emmrich, a. a. O., §. 58. u. d. f. Schmidt gen. Phiseldeck, §. 25. Er setzt voraus, daß die in Rücksicht auf einen verhandelten Streitpunkt durch ein erfolgtes richterliches Erkenntnis als besiegt erkannte Parthey hiergegen ein ordentliches Rechtsmittel einwendet, der Sieger aber den zugesprochenen

chenen

§. cc.

Aus dem vorigen enthalten auch die übrigen Fälle, in welchen es streitig ist, „ob die

chenen Vortheil nicht aufgeben will, die Legalität des richterlichen Ausspruchs vertheidiget, und nun ein anderweites, dem Appellanten, Revidenten u. dergl., beyfälliges, Erkenntnis erfolgt. Wie könnte man aber *der* Parthey eine temeritas litigandi zur Last legen, welche zu dem ihr beyfälligen Richter mehr Zutrauen hat, als zu ihrem Gegner? wie kann man jener ansinnen, weil dieser behauptet, „der Richter habe rechtswidrig erkannt," solches als wahr einzuräumen, und dem Appellanten u. dergl. zu erlauben: er möge sich selbst ein Urtheil nach seinen geäusserten Wünschen sprechen! Mag der reformirte Richter in facto oder in jure geirrt haben — immer kann die in dem abändernden Erkenntnis besiegte Parthey damit sich schützen: was der Staatsrepräsentant *in dieser Sache* für Recht, oder für factisch wahr, erachtete, das durfte und darf auch ich für Recht oder factisch gewiss halten. Die Gesetze selbst gebieten ja eine Vermuthung für die Legalität des Richters. Cap. 16. in fine X. *de sent. et re jud.* 2. 27. Cap. 6 X. *de renunciatione.* I. 9. Wenn nun auch dessen Ansicht und Anspruch durch die Prüfung und Entscheidung eines andern Richters eine Abänderung erleidet, so lässt sich doch *das* nicht vertilgen, dass jener erste Judex des nunmehr Besiegten Ueberzeugung, dessen Sache

die Unkosten eines Processes zu compensiren seyen oder nicht?“ grossen Theils ihre Bestimmung. Soviel

1)

Sache sey gerecht, befestigte und für legal erklärte. Von den Unkosten der *vorigen* Instanz ist *hier nicht die Rede* — diese sind, *wurde eine Beschwerde ihrentwegen aufgestellt*, ganz besonders nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen, und *nur auf sie* ist WEBERS Ansicht anwendbar: „das von der Rechtskraft suspendirte Erkenntnis sey so gut als nicht vorhanden.“ Allerdings muss sich der Richter der zweyten Instanz in die Lage denken, als habe er blos über die Verhandlungen der vorigen Instanz so abzusprechen, als ob das im Mittel liegende, zur Rechtskraft nicht gediehene, Erkenntnis gar nicht ausgesprochen wäre; allein dieses trifft *nur die eben diesem Erkenntnis vorausgegangenen* Streitpunkte, welche sammt und sonders *anders*, als dort, und zwar so entschieden werden können, wie der nochmals prüfende Richter durch seine Reflexion sich überzeugt, dass sie entschieden werden sollen. Die Unkosten dieser *anderweiten* Instanz hingegen sind ein *neuer* Streitpunkt, über welchen der vorige Richter noch nicht abgesprochen hat, und natürlich nicht absprechen konnte. Indem der Richter *über diese* erkennt, tritt ihm der vorige, als Thatsache unauslöschliche, Richterspruch für Augen, und ruft ihm zu: die *jetzt besiegte* Parthey hat den Process wenigstens

1) abgeleiſtete Eyde betrifft, ſo kann

a) ein abgeſchwornes juramentum calumniae,

ſtens *nicht muthwillig verzögert.* Hätte freylich der nunmehrige Sieger zugleich *nachgewieſsen*, ſein im vorigen Urtheil als Sieger anerkannter Gegner befinde ſich in mala fide, habe das ihm günſtige Erkenntnis erſchlichen u. dergl., *dann* kann ein *beſonderer* Grund eintreten, demſelben die aus den vorigen Richterſpruch für ihn ſprechende Vermuthung zu entziehen. Dieſes aber iſt *nicht die Regel.* Eben ſo wenig verdient hier *das* Betracht, was Weber von *auſserordentlichen* Verfügungen eines Richters, z. B. von einem *ungerechten Arreſt*, anziehen mogte. Solcher hinkenden, ganz beſondern Grundſätzen unterworfenen, Beyſpiele ſollte ein Weber ſich nicht bedienen. Auch muſs man hier wiederholen, daſs von der *Anwendung* der Geſetze auf das ſtreitige *Factum* die Rede iſt, und daſs in *dieſem* Gebiete nicht zur Anwendung kommt, was die Geſetze von deren Nichtwiſſen oder Falſchwiſſen verordnen. L. 2. Dig. *de juris et facti ignorantia.* 22. 6., und daſs es als ein ſonderbarer Gedanke erſcheint, einer Parthey anzuſinnen, *ſie ſelbſt* ſolle des Richters ihr günſtige Interpretation des *von ihm beleuchteten* Facti und deſſen Subſumtion unter die Geſetze für falſch und widerrechtlich erklären. Welche *exorbitante* Pflicht! Die Beſorgnis, durch das bevorſtehende Erkenntnis überwunden zu werden, begründet

ſolche

niae, generale oder speciale [254]), die Compensation nicht begründen. Dieses

solche eben so wenig, L. 40. *de hereditatis petitione.* 5. 3., als die im Sieg befangene Parthey verbunden ist, in dem künftigen Ausspruch etwas anders, als den Ausspruch eines Menschen zu erblicken. Man bedenke nur Ulpians eigene Worte: *Appellandi usus — — licet nonnunquam bene latas sententias in pejus reformet; neque enim utique melius pronunciat, qui novissimus sententiam laturus est.* L. 1. pr. Dig. de appellat. et relat. 49. 1. Das *förmliche* Recht, welches Weber noch hieher ziehet, ist in dem Zeitpunkt, wo der Richter die Abänderung des vorigen Erkenntnisses beschliesst und ausspricht, noch nicht vorhanden, sondern wird *erst durch die Rechtskraft* gebildet, und es würde aus diesem Grund das offenbar gesetzwidrige Prinzip folgen: „nie und niemals finde Compensation der Processkosten statt." Auch hätte ja der Sieger *ein gleiches* förmliches Recht bis dahin für sich, wo er wieder besiegt wird. Und woher folgt, dass der, welcher ein ihm beyfälliges Erkenntnis des Richters veranlasste, *deshalb* in mala fide sich befunden haben müsse, weil ein zweyter Richter jenes Erkenntnis abändert? Des Richters Beyfall ist ein objectives Merkmal der bona fides, diese aber sichert gegen Schadenersatz und selbst gegen Vergütung genossener Früchte. L. 137. Dig. *de regul. jur.* 50. 17. L.

ſes folgt ſchon aus dem Buchſtaben des römiſchen Geſetzes [255]), inſoferne dieſes den Gefährde-Eyd als *allgemeine* Bedingung des Eingangs in einen gerichtlichen Rechtsſtreit anordnete, und dennoch die Worte hinzu fügte: *et ut improbus litigator damnum et impenſas litis inferre adverſario ſuo cogatur.* Daſs dieſes nur für den Fall eines Meineydes angedrohet worden ſey, läſst ſich nicht annehmen. Nicht ganz ſchlüſſig iſt zwar der gewöhnliche Grund: „der Schwörende verſichere nur das Abſeyn der *Calumnie* im ſpeciellen Sinn, folglich des eigentlichen *doli mali*, mit Ausſchluſs der temeritas in enger Bedeutung, als einer culpa lata [256]);" denn der Gefährde-Eyd des Klägers war dahin gerichtet: non calumniando animo litem

L. 40. §. 1. L. 41. Dig. *de heredit. petit.* 5. 3. Das Schickſal des Hauptobjects beſtimmt nicht nothwendig das Rechtsverhältnis der Acceſſionen und Nebenpunkte.

254) Martin, §. 301.

255) §. 1. Inſt. de poena temere litigantium. 4. 16.

256) Oelze, a. a. O. §. 287 Leyser, ſp. 88. med. 11. vergl. Weber, a. a. O. §. 12. not. 6.

litem se movisse, sed existimando *bonam causam* se habere [257]), und selbst der Beklagte musste schwören: quod putans, *se bona instantia uti*, ad reluctandum pervenerit [258]), so wie auch in den teutschen Gerichten der generelle und specielle Gefährde-Eyd, in so weit jener noch üblich seyn möchte [259]), die Worte in sich zu enthalten pflegt: „er, der Schwörende, glaube *eine gerechte Sache* zu haben," so dass also zugleich die *subjective bona fides* überhaupt, mithin insoferne auch das Abseyn einer culpa lata [260]), eydlich miterhärtet wird. Allein, findet der Richter bey dem Resultat der Parthey-Verhandlungen die äussern Merkmale einer objectiven groben Fahrlässigkeit des einen strei-

257) L. 2. Cod. de jurejurando propter calumniam. 2. 59.

258) L. all. 2. Cod. et §. 1. Inst. de poena temere litig. 4 16.

259) *Notar. Ord.* v. J. 1512. Tit. IV. §. 2.

260) Die bona fides ist ja ein Gegensatz der culpa lata, weil diese in das Gebiet der malae fidei gehört — ein präsumirter dolus ist. §. 1. Note 156. pag. 259.

ſtreitenden Theils, ſo darf und muſs er zugleich annehmen, eben dieſe Temerität, ein grober Irrthum, ſey auch dem juramento calumniae vorausgegangen — dieſes ſelbſt ſey *ſubjectiv leichtſinnig* abgeſchworen worden [261]). Jene aus der Eydes-Leiſtung hervorgehende, die Erkenntnis zu der Bewirkung einer proceſſualiſchen Verhandlung begründende, Vermuthung iſt durch das Reſultat dieſer vollzogenen Verhandlung, durch die Merkmale einer *objectiven*, *in abſtracto aufgefaſsten*, mala fides wieder entkräftet und aufgehoben [262]).

b) Das juramentum in litem im Sinne der Römiſchen Geſetze [263]), und der Zenonianiſche Eyd, als eine, unrechtmäſsige Gewalt vorausſetzende, Abart jenes

[261]) Daſs dieſes die Natur eines wahren *Meineyds* nicht habe, folgt aus deſſen, böſen Vorſatz vorausſetzenden, Begriff.

[262]) Vergl. F. Kühnhold, Pr. an juramento calumn. et relato praeſtito utriusque partis ſumt. litis comp. locum obtinere queat. Lipſ. 1755.

[263]) L. 2. §. 1., verb.: *cum vero dolus* rel. L. 5. §. 3. Dig. de in litem jurando. 12. 3.

Würderungs-Eydes [264]), ist die Folge eines *bewiesenen doli*, oder einer als *nicht zu bezweifelnd* vorliegenden *culpa lata* des Gegners, zugleich aber ein besonderes *Vorrecht* des Verletzten, und *insoferne* als ein juramentum suppletorium nicht zu betrachten [265]). Es würde daher in einem harten Widerspruch mit der Natur und dem Zweck eines solchen Eydes stehen, dessen Abschwurs wegen die Unkosten zu compensiren.

Dahingegen ist

c) das sogenannte juramentum in litem veritatis [266]), so wie das juramentum quantitatis [267]), einem *Ergänzungs-* Eyd

264) L. 9. Cod. unde vi. 8. 4. Cap. 7. X. de his quae vi metusve rel. 1. 40.

265) MARTIN. §. 221. THIBAUT, in dem Syst. des Pand. R. Thl. III. §. 1166.

266) L. 2. §. 1. pr. L. 4. §. 4. L. 5. §. 3. Dig. de in litem jurando. 12. 13. Culpa bezeichnet in diesen Gesetzen die culpam in specie, als Gegensatz des doli und der diesem gleichstehenden culpa lata. G. in exerc. ad doct. de culpa. Fasc. I. exerc. IX. §. 2. nr. II. THIBAUT, a. a. O. lit. B.

267) MARTIN, §. 179. nota z.

Eyd gleich zu achten, und also auf selbige dasjenige anwendbar, was §. bb. lit. B. in Hinsicht auf das juram. suppletorium als Princip aufgestellt wurde. Ein gleiches muss man von der eydlichen Bestärkung eines Handelsbuchs deshalb behaupten [268]), weil die dem Kaufmann als Privilegium gestattete Bequemlichkeit nicht ausschliesst, dass er sich nebenbey andere vollbeweissende Mittel, Wahrheit und Grösse seiner Schuld darzuthun, zum Voraus sichern könne, und weil die Wirkungen der Privilegien enge zu erklären sind.

Am zweifelhaftesten erscheint

d) die Frage: ob nicht die Ableistung eines *Schiedes - Eydes* [269]) die Vergleichung der Unkosten begründe?

Die Gesetze selbst legen diesem Eyd die Natur und Folgen eines *Transacts* bey [270]); und siehet man nun hin auf den

[268]) A. M. ist Berger, in elect. discept. for. Tit. XXXVI. Obs. II. not. 3. pag. 946.

[269]) Martin, §. 213. u. d. f.

[270]) „Jusjurandum *speciem* transactionis continet" rel. L. 2. Dig. de jurejurando. 12. 2. „Quodsi alias inter personas jurejurando *trans-*

den Zweck und die Natur eines Vergleiches (§. bb. not. 249.), so ist es nicht zu bewundern, wann viele kräftige Rechtsgelehrte der Meinung sind, so oft ein Schiedes-Eyd in der Hauptsache, wäre es auch nur über einen oder den andern *zu deren Entscheidung beytragenden* Punkt, geschworen werde, seyen die Proceßkosten zu compensiren. Auch bringt man hierbey den abgeleisteten *Gefährde-Eyd* in Anschlag, und nicht wenige Gerichte und Spruchcollegien sind jener Ansicht practisch beygethan [271]).

Allein

transactum sit negotium" rel. L. 31. in fine ej. tit. POMPONIUS autem (ait) „*per jusjurandum transactum videri.*" L. 21. Dig. de dolo malo. 4. 3.

271) Man sehe die bey EMMRICH a. a. O. §. 36. nota g. pag. 186. angezogenen vielen Rechtsgelehrten. Auch nicht wenige Landesgesetze stimmen bey. OELZE a. a. O. §. 287. not. m. EMMRICHS Hauptgrund: „der Eyd werde über *dunkle*, zweifelhafte, Thatsachen angetragen," ist wohl der flachste aller Gründe. Ueber *dunkle*, d. h. *zweydeutige*, *an sich unklare*, Thatsachen ist der Eydesantrag *gar nicht erlaubt*. Wird aber unter *dunkel* verstanden: *ungewiss*, *des Beweisses bedürfend* u. dergl., so haben *alle* zubeweissende Thatsachen diese Eigenschaft, und wür-

Allein die Römischen Gesetze, welche ohnehin hauptsächlich den *aussergerichtlichen* willkührlichen Eyd zum Gegenstand haben, erklären nicht bestimmt: „jener Eyd *sey wirklich ein Vergleich*;“ sondern indem sie äussern: „er habe den *Anschein*,“ (*speciem*, *videri*), wollen sie nur bemerklich machen, dass dasjenige, was auf jene Weise beschworen worden sey, *eben so fest*, *wie ein Vergleich*, *gehalten werden müsse*, *so wenig*, *als dieser und eine res judicata*, *einseitig sich wieder auflösen lasse*. Sie wollen, dass die Eydesleistung ein *feststehendes Recht* unter den Partheyen bilde — dass die von der einen beschworne Thatsache für schlechthin wahr gehalten werden solle.

Betrachtet man hingegen den Schiedeseyd als *ordentliches Beweismittel*, in deren Reihe er eingetreten ist [272]), so folgt dorther nichts mehr und nichts weniger

würden ohne solche ein Gegenstand des Beweisses nicht werden.“ Martin, §. 176. Da nun, von diesem Gesichtspunkt aus, *jeder* Beweis über dunkle Thatsachen geführt wird, so müsste der Gebrauch eines jeglichen Beweismittels die Kostenvergleichung begründen.

[272]) Abh. V. §. m. pag. 166. not. 113.

ger, als dass er als das kräftigste Mittel, *die juridische Wahrheit einer Thatsache herzustellen*, beurtheilt werden, jeden Zweifel an deren Gewissheit aufheben und so es begründen soll, den Schwörenden *ganz*, in Rücksicht auf das *völlige Object* des Streites, als Sieger darzustellen [273]). Es bleibt also *nicht zweifelhaft*, wem der Obsieg gebühre — kein Theil verzichtet auf einen Theil seiner Forderung — *insoferne* zeigt sich keine Spur der Natur eines Vergleiches. Dass aber das juramentum calumniae einen besondern Grund der Kostenvergleichung nicht abgeben könne, wurde schon oben lit. a. nachgewiessen. Alle übrigen Stützpunkte der Gegner sind von geringern Belang. Denn sey es immerhin wahr, dass manche Parthey nothgedrungen, aus Mangel an andern Beweismitteln, ihre Zuflucht zu den Antrag eines Schiedes-Eydes

[273]) Scharfsinnig spricht Schmidt gen. Phiseldeck a. a. O. §. 19. pag. 102. „Die Eydesdelation kann zwar, an sich betrachtet, als ein Vergleich wohl angesehen werden, jedoch *nur über den Beweis, nicht über die Sache — nicht über das Objectum litis*. u. s. w.

Eydes nehmen muſs, daſs man den Gegner als Zeugen in eigener Sache anerkennt und ſo das Schickſal des Proceſſes zutraulich in ſeine Hände legt u. dergl., ſo iſt doch alles dieſes *nicht nothwendig* der Fall, da der Beweisführer auch *verſäumt haben kann*, *andere* Mittel, das jetzt ſtreitige Factum darzuthun, ſich zu ſichern [274]), da er vielleicht von der *Wahl* der Beweismittel Gebrauch macht [275]) u. ſ. w.

Darüber kann der Richter eben ſo wenig erſt eine Unterſuchung verfügen, als er dem das Gewiſſen ſeines Gegners in Anſpruch nehmenden Beweisführer, hätten die Geſetze den Schiedeseyd unter die ordentlichen Beweismittel nicht aufgenommen, dann auf irgend eine Weiſe zu Hülfe kommen könnte, wann er, um ein ſich vollbewuſstes Recht nachzuweiſsen, ſchlechthin von allen Mitteln entblöſst wäre, den Richter bis zu

[274]) War es z. B. ein Contract, aus welchem er klagt oder excipirt, ſo konnte er, oder ſein Erblaſſer u. dergl, Zeugen zuziehen, eine ſchriftl. Urkunde bedingen u. ſ. w.

[275]) Martin, §. 170.

zu irgend einem Grad von der Wahrheit ſeiner Behauptung zu überzeugen. Er würde dieſen Zufall ſelbſt tragen und ſich ſchon deshalb als einen leichtfertigen Streitführer beurtheilen laſſen müſſen, weil er ſich in ein Gebiet wagte, wo das kahle Vorgeben, „man ſey ein ehrlicher Mann," nicht gegen Wette und Buſse ſichert.

So wenig ſich alſo nach einer gründlichen Theorie annehmen läſst [276]), die Ableiſtung eines Schiedes-Eydes befreye den Deferenten oder Referenten [277]) von Erſtattung der Proceſskoſten,

[276]) Man vergleiche, jedoch mit Vorſicht, Weber, a. a. O. §. 12. u. Schmidt gen. Phiseldeck, a. a. O §. 19.

[277]) Darüber: „ob nach geſchehener Ableiſtung eines *referirten* Schiedes-Eydes (Martin, §. 216.) die Proceſskoſten zu vergleichen, oder dem ſchwörenden Sieger zu erſtatten ſeyen? ſind die Meinungen der Rechtsgelehrten und deren Gründe vorzüglich mannichfaltig. M. ſ. Emmrich, a. a. O. §. 37. Wäre die Entſcheidung eines Rechtsſtreits durch einen angetragenen Eyd wircklich *als Vergleich* zu beurtheilen, und träte der L. 25. Dig. de jurejur. 12. 2. nicht *eben das* entgegen, was oben von dem Schiedes-Eyd überhaupt, als ordentliches Beweis-

ſten, ſo wenig läſst ſich jedoch als eine von jeder Ausnahme freye Regel aufſtellen:

weismittel betrachtet, geſagt wurde, ſo dürfte man allerdings behaupten, auch die den angetragenen Eyd zurückſchiebende Parthey ſey mit der Erſtattung der Unkoſten an den im Gefolge deſſelben Abſchwurs ſiegenden Gegner zu verſchonen. Denn da die Geſetze die relatio juramenti als ein *Recht* darbieten, und es ſogar für *beſcheidener* erachten, hiervon Gebrauch zu machen, als ſelbſt zu ſchwören, L. 35. Dig. de jurejur. 12. 2, L. 25. Dig. de conſt. pecun. 13. 5., ſo läſst ſich die Relation keinesweges als den Grund eines *böſen Gewiſſens* aufgreifen, wie es gleichwohl die neuern Sächſ. Proceſsordnungen, und andere Landesgeſetze, zu nehmen ſcheinen. Allein es bedarf *dieſes* Grundes zu der Rechtfertigung der Meinung nicht, „daſs es in Rückſicht auf den Koſtenpunkt *gleichviel* ſey, ob der angetragene Eyd *abgeſchworen* oder *zurückgegeben* werde.“ *Dort* hat der Beweisführer *gar nicht*, *hier voll* bewieſen, und der Beſiegte hat alſo, tritt ein *anderer* Grund zu der Compenſation der Unkoſten nicht hervor, dieſe dem Sieger zu erſtatten. Weber, a. a. O. §. 12. pag. 122. Schmidt gen. Phiseldeck a. a. O. §. 19. nr. 2. pag. 104. Eine Ausnahme tritt in dem Fall ein, wo der über ein mit *Nichtwiſſen* beantwortetes Factum alienum deferirte Eyd zurückgegeben und von dem Beweisführer abgeſchworen wird. §. bb. lit. D. Weber, a. a. O. pag. 123. coll. §. 8.

len: „derjenige, *gegen welchen* ein ſolcher Eyd abgeleiſtet werde, müſſe ſämtlichen Koſtenaufwand des Rechtsſtreits allein übernehmen. Denn *andere* Compenſations-Gründe ſind hierbey nicht ausgeſchloſſen. Iſt z. B. auch das *Factum* als wahr beſchworen, ſo kann doch das hierauf anzuwendende *Recht ungewiſs ſeyn* — es können, des abgeleiſteten verneinenden Eydes ungeachtet, Thatſachen als erwieſsen in den Acten vorliegen, welche eine Schuld des Schwörenden in Hinſicht auf die Veranlaſſung des Proceſſes ausſprechen — es hatte vielleicht der Eyd nur *einen Theil* des Beweiſses zum Gegenſtand, während *ein anderer Theil* die bona fides des Unterliegenden rechtfertiget u. ſ. w.

Nicht weniger ſchwierig kann man

e) die Frage anſehen: „ob die Ableiſtung eines Diffeſſions-Eydes, vorausgeſetzt, dieſer habe die Auflöſsung des *ganzen Beweiſses* zur Folge [278]), den Producenten der Urkunde verpflichte, ſämmtliche Unkoſten des Proceſſes allein zu übernehmen, oder deren Compenſation begründet?

Iſt

278) Z. B. in dem Executiv-Proceſs.

Ist dieser Eyd, wie, gegen dessen Zweck, Inhalt und Folgen, Martin glaubt [279]), blos ein Gefährde-Eyd, so kann derselbe einen Kostencompensations-Grund um so weniger abgeben, weil selbst derjenige, welcher ihn leistet, nach dem obigen (lit. a.). daher jenen Grund nicht ableiten kann. Ist er aber, wie Danz [280]), Malblanc [281]) und Thibaut [282]) wollen, ein auf den Fall, daſs der Product die Urkunde nicht anerkenne, demselben über deren Aechtheit stillschweigend *angetragener* Haupteyd, so wäre die Entscheidung aus den Principien unter lit. d. zu schöpfen, dahingegen nach den Grundsätzen unter lit. B. §. bb. zu bestimmen, daferne die eydliche

279) Martin, §. 196. not. i. und §. 203. not. d. Die hierzu angezogene Nov. 49. Cap. 3. spricht lediglich von dem, mit dem Diffessions-Eyd auf keine Weise verwandten, generellen Eyd für Gefährde. Den Römern war die diffessio jurata einer Urkunde ganz fremd. L. 17. Cod. de fide instrum. 4. 21. Nov. 73. Cap. 7.

280) In den Grunds. des ordentl. Processes. §. 334.

281) In doctr. de jurejurando. §. 50.

282) In dem Syst. des Pand. R. Thl. III. §. 1181. conf. a. Leyser, spec. 277. med. 1.

liche Diffession, nach der Meinung nicht weniger Rechtsgelehrten [283]), einem Purgatorio gleich stände. Die teutschen Reichsgesetze [284]) erwähnen des Diffessions-Eydes *so*, dass er, als ein *legale* juramentum, mit der Recognition eine *reine* Alternativ bildet; und so gewiss er vaterländischen Ursprungs ist [285]), so viel Anschein hat es für sich, dass unsere Altvordern, denen das Schmieden solcher Urkunden wohl noch viel schwerer fallen mochte, als überhaupt die Fertigung schriftlicher Documente, diesen die Vermuthung der Aechtheit zutheilten, und daher, zur Entkräftung dieser Präsumtion, von dem, welcher nach ihrem Inhalt verbindlich seyn sollte, eine eydliche Abläugnung forderten. Insoferne würde sich die Natur eines Reinigungs-Eydes zeigen [286]).

Allein

283) Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. Cap. III. §. 23. Canz, in tract. de probabilitate juridica §. 202. Piper in diss. de vera juramenti diffissionis indole. Jenae 1804.

284) Reichs-Absch. v. J. 1654. §. 39. a. E.

285) Malblanc l. c. §. 50.

286) Diese Eigenschaft mögte sich wohl *in den Fällen*

Allein eben so wahrscheinlich läfst sich annehmen, dafs jener Eydschwur kein anderer als derjenige ist, welchen jeder aus einem *aussergerichtlichen* Rechtsgeschäft in Anspruch genommene Beklagte, verneinte er dasselbe, sofort ableisten konnte [287]), um sich von der angesonnenen Verbindlichkeit ohne Wette und Busse zu befreyen. *Hiervon* ausgegangen kann der Diffessions-Eyd die Kostencompensation nicht zur Folge haben.

2) *Präjudicien* [288]), für sich allein betrachtet, begründen die Kostenvergleichung dann keineswegs, wann für den vorliegenden Fall klare Gesetze zur Entscheidung sich vorfinden. Dieses sprechen die Ge-

Fällen nicht bezweifeln lassen, wo der Product *die Unterschrift der Urkunde anerkannte*, desungeachtet jedoch, aus besondern Gründen, zu der eydlichen Ableugnung des *Inhalts* zugelassen wird.

[287]) Jus Prov. Allem. Cap. 381. §. 3. Sächs. Landr. Lib. I. Art. 7. u. Lib. III. Art. 32.

[288]) D. h. die von einem Gericht, oder in dessen Nahmen von einem öffentlichen Spruchcollegio, als Entscheidung eines verhandelten Rechtsstreits ausgesprochene Meinung.

Gesetze kräftig aus [289]); und es folgt auch schon daher, weil jedes Erkenntnis eines Gerichts seine Wirkung über die *streitenden Subjecte* hinaus nicht erstrecken soll [290]). Dass *dieses Rechtens sey*, soll die Parthey wissen, und es gilt für grobe Ignoranz, oder offenbaren Leichtsinn, wann sie glaubt, weil der Richter vormals *so* gesprochen habe, so werde er jetzt abermals *eben so* entscheiden [291]). Sie, die Präjudicien, kommen aber alsdann, wann für den vorliegenden Fall kein Gesetz vorhanden, oder dieses dunkel und zweydeutig ist, insoferne in Betracht, als sie der aus jenem Grund schon vorhandenen Compensations - Ursache §. bb. lit. A. nr. III. hinzutreten, und solche um so mehr befestigen, weil unter jenen Ver-

289) Non *exemplis* sed *legibus* judicandum est, rel. L. 13. Cod. de sentent. et interlocut. 7. 45., et non spectandum, quid Romae factum est, quam *quid fieri debeat*. L. 12. Dig. de officio praesidis. 1. 18.

290) Man sehe die Gesetze pag. 111., not. 25. und pag. 170. not. 122.

291) M. vergl. Weber, a. a. O. §. 11. Schmidt gen. Phiseldek §. 23. pag. 142. Emmrich, a. a. O. §. 54.

Verhältnissen die gerichtlichen Rechtssprüche zur Declaration dienen und ein Gewohnheits-Recht zu begründen vermögen [292]).

3) Auf gleiche Weise verhält es sich mit den in öffentlichen Druckschriften ausgesprochenen *Gesetze klärungen* und *Meinungen der Rechtsgelehrten* [293]). Ein *klares Gesetz* können diese, und wären sie *alle* gleicher Meinung, Glossatoren oder nicht, so wenig beugen, als den Richter der Beobachtungspflicht, oder die Partheyen der Verbindlichkeit entheben, dasselbe kennen zu lernen. Allein beyde können aus jenem Gebiete der Doctrin den Unterricht schöpfen, inwieferne es an positiven Gesetzen ermangelt, oder in-

292) „Nam Imp. nostr. Sev. rescripsit, in *ambiguitatibus*, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere.“ L. 38. coll. L. 37. Dig. de legibus 1. 3.

293) Man vergleiche hiermit, was oben §. bb. lit. E. pag. 325 von dem Mangel oder der Dunkelheit eines positiven Gesetzes gesagt wurde. Aus jenem Verhältnis, und aus dem Widerspruch mehrerer Gesetze unter sich, geben vorzüglich die sogen. *opiniones doctorum* hervor.

inwieweit das jus zweifelhaft und in der Anwendung schwierig sey. *So* will es ja selbst der Staat, indem solcher von dem Richter und Advocaten die Kenntnis rechtswissenschaftlicher Schriften, ja sogar *das* fordert, daſs sie in Officialgeschäften jene Lichter sich vorleuchten lassen sollen [294]). Und wenn nun derjenige, welcher eine Rechtsverfolgung bezweckt, das Factum durch seinen Rechtsfreund unter die Gesetze subsumiren läſst, dieser aber ohne Irrthum sich unterrichtet, oder vorher schon unterrichtet war, daſs der Gesetzgeber eine *Lücke* oder *Dunkelheiten* zurückliesse, hierauf seine Zuflucht zu den Commentatoren der Gesetze und andern in der juristischen Litteratur-Geschichte berühmten Rechtsgelehrten nimmt, dabey in den Schriften eines gröſsern oder geringern Theils derselben auf den Fall seines Clienten anwendbare, ihm beyfällige, Rechtsgrundsätze wissenschaftlich bearbeitet findet, auf solche die Rechtsverfolgung stützt, jedoch letzter *blos aus dem Grunde* als der besiegte Theil zurückge-

294) Man prüft wohl eher nach Hellfeld, als nach Justinian.

geworfen wird, weil der Richter nicht dem Donell, Cujaz, Vinnius u. s. w., sondern einem Leyser, Stryk, Hommel u. s. w., in diesem Streitpunkte beystimmt, oder, noch weiser, eine ganz neue Meinung selbst erfunden hat, — soll er, jener Besiegte, auch seinem Gegner die Unkosten *deshalb* erstatten, weil der Richter zu Leysers u. dergl. Fahne sich hält, und leichtmöglich die Bekanntschaft eines Donell, Cujaz u. s. w., eben so wenig suchte, als er weiss, dass, nachdem er seinen academischen Heft binden liesse, die Lehre, aus welcher jetzt zu schöpfen war, auch noch von andern Sachkundigen bearbeitet wurde? — Ein *anderer* Grund, den Besiegten in jenem Fall sämtliche Unkosten aufzubürden, *ist gar nicht vorhanden*; denn derselbe *irrte nicht* — wenigstens vermag es kein Rechtsgelehrter, dieser werde *vorher* oder *nachher* darüber zu Rathe gezogen, darüber *entscheidend abzusprechen: ob* jener Ueberwundene wirklich irre oder geirrt habe. Auch ist dieser sonst *ausser aller Schuld*, da er doch wohl dem Donell wenigstens eben so viel Zutrauen schenken durfte, als der Richter dem Stryk — da er zu wissen *nicht schuldig und nicht fähig* war,

 wel-

welcher Meinung beyzupflichten dem Richter gefällig ſey — und da derſelbe, hätte er ſolchen auch als Leyſeriſten, Strykianer u. ſ. w., bereits kennen lernen, doch nicht berechnen *konnte*, ob dermalen nicht ein anderes Licht dem Staatsrepräſentanten erleuchten und ihm vorleuchten werde. Webers ganze Ausführung [295]), welche um ſo gefährlicher iſt, als ſeine eigene Autorität aus gediegenen Schriften hervorgienge, führt daher zu dem Princip: im Zweifel iſt *das allein Recht*, was der einfältigſte Richter dafür erkennt, und nur von dieſem hängt es ab, als authoriſirter Despote demjenigen einen Theil ſeines Vermögens abzunehmen, der es wagt, unter der Aegide berühmter Rechtsgelehrten einen ihm, jenem Richter, in dieſer Streitſache miſsbeliebigen Rechtsſatz angewendet wiſſen zu wollen.

Gegründet iſt alles, was Weber daſelbſt von der Miſslichkeit der Meinungen der Rechtsgelehrten ſagt, ſo wie von der Verlegenheit, *welche* aus ihren Legionen man für *berühmt* und *bewährt* halten könne und dürfe, ingleichen von ſo vielen

[295]) a. a. O. §. 10. pag. 89. u. d. f.

len gegenſeitig ſich bekämpfenden Miſsgeburten ſchwacher und blödſinniger Rechtstrabanten — von der Möglichkeit, auch für die Rechtfertigung des Unſinns einen Beleg zu finden — von der traurigen Gewohnheit der Richter und Advocaten, die ſogenannte Autorität für das Geſetz ſelbſt zu halten, und in der Verlegenheit eher dort als hier Hülfe zu ſuchen; allein aus allem dieſen kann doch rechtlich nicht folgen, daſs, *unterſtellt man das Abſeyn oder die Zweydeutigkeit eines poſitiven Geſetzes*, der *nur im Gefolge dieſes leidigen Rechtszuſtandes Beſiegte* die Schuld des Staates allein büſsen, als einen leichtfertigen Streiter ſich beurtheilen laſſen müſſe — und zwar dieſes gerade *aus dem Grund*, weil jener richtende ſchwache Autoritäten-Krämer ſein *ſic volo, ſic jubeo*! beliebig ausſpricht.

Auch kann allerdings jenes Unweſen manchen Calumnianten zur Decke dienen; dennoch aber iſt es, ſo lange der Staat ſchläft und das Urtheil durch eine geordnete, erſchöpfende und verſtändliche, Geſetzgebung mit der Wurzel, nach Menſchenkräften, nicht ausrottet, weit gerechter, *beyde* in jenes Gewirre rich-

ter-

terlicher Willkühr gestossenen Partheyen *als Opfer des Ganzen* zu betrachten, als den, welcher zufällig hängen bleibt, allein auszuplündern. Dem richterlichen Ermessen [296]) muss man in diesem leidigen Nothstand freylich überlassen, welche in der Litteratur bekannte Rechtsgelehrten er für so wichtig halten will, um durch derselben Meinung die Kostencompensation für gerechtfertiget zu achten — und ist der Richter *mit dem Grad* der Kenntnis und Klugheit ausgerüstet, welchen Weber [297]) in dem Schädel jedes Gerichtshalters voraussetzt, so wird derselbe wohl auch das Stroh von den Körnern zu scheiden wissen. Auch kann desselben einzelne Verirrung zu einer nicht hinlänglich begründeten Kosten

296) Iustinians Instruction in der L. 1. §. 6. Cod. de veteri jure enucleando. 17. (Const.: Deo auctore rel. §. 6.) läßt hierbey sich anwenden.

297) a. a. O. §. 10. pag. 95. In einer andern Stelle hingegen §. 11. pag. 109. glaubt derselbe, durch unrichtige Vorträge einer Parthey könne der Richter hingerissen und bestimmt werden, unrichtig zu erkennen. Dergleichen Schwächlinge giebt es wohl mehr, als jener klugen Köpfe, die nur des Gesetzbuches bedürfen.

ſtencompenſation *das Ganze weit weniger benachtheiligen* und ſchänden, als ein Wille des Staates: „bey dem Mangel eines Geſetzes, oder falls dieſes zweydeutig und unter den Augen der Geſetzgebung von der Doctrin mehrfach erklärt, auch von den Richtern ſelbſt verſchieden angewendet werde, ſolle, zu Ehren der Bequemlichkeit und Gleichförmigkeit, der durch den ungebundenen Eigenwillen jedes Richters zufällig Beſiegte alle Unkoſten des Rechtsſtreits allein übernehmen [298]).

4) *Reſponſa* juris [299]), habe die zu einem Rechts-

[298]) Man vergleiche auch SCHMIDT gen. PHISELDEK, a. a. O. §. 23. u. EMMRICH, a. a. O. §. 51. welche WEBERN beyzupflichten ſcheinen. Es kommt aber nur darauf an, den Fall, in welchen die opiniones doctorum von Wirkung ſeyn ſollen, gehörig aufzufaſſen, nemlich den Fall des *Mangels*, oder der *Dunkelheit*, oder des *Widerſpruchs*, eines poſitiven Geſetzes. Einen *ſolchen* Fall vorausgeſetzt iſt ſowohl EMMRICH §. 44. u. d. f., als SCHMIDT §. 23. u. 24. pag. 146. u. d. f., mit WEBERN nicht einſtimmig.

[299]) D. h. von öffentlichen Spruchcollegien, oder auch einzelnen Rechtsgelehrten, über den ihnen vorgelegten Rechtsfall ertheilte Gutachten oder Conſilia.

Rechtsstreit sich rüstende, oder in diesem befangene, Parthey selbige von einem einzelnen Rechtsgelehrten, oder von dem berühmtesten öffentlichen Spruchcollegio, einem Schöppenstuhl oder einer Juristen-Facultät. sich ertheilen lassen, und seyen jene Gutachten dem Quaerenten auch vollkommen beyfällig, können *an sich betrachtet* eben nicht mehr Einfluss auf das Erkenntnis über die Unkosten haben, als die Meinung seines gewählten Advocaten [300]).

Das in Hinsicht auf die Präjudicien angezogene Römische Gesetz [301]) begreift auch

[300]) Das Nichtwissen oder Falschwissen *eines vorhandenen und deutlichen Gesetzes* schade immer, und werde nie verziehen, man möge Gehülfen des Unterrichts zugezogen haben, oder nicht. Trauet man diesen, so gehe dieses auf eigene Gefahr und Rechnung. Dortmit verwechsle man nur nicht, *den Irrthum in der Subsumtion des Facti unter jenes Gesetz. Hierbey*, wann *die Reflexion sich täuscht*, wann das *Factum so beschaffen ist*, dass mehrere, *nicht zugleich anwendbare*, Gesetze in Collision treten. wird *nur die temeritas* als *Grund* angesehen, dem Gegner *die Processkosten erstatten zu müssen.*

[301]) L. 13. Cod. de sentent. et interlocut. 7. 45.

auch das Verbot an den Richter, dergleichen Consultationen zur Richtschnur zu nehmen, und ein teutsches Reichsgesetz hat den Gebrauch jener Gutachten zum unmittelbaren Gegenstand [302]. Doch können, wie auch dieses Gesetz klar genug erwähnt, die *Rechtsgründe* eines solchen Gutachtens, in *so* ferne selbige auf das *in den Acten* verhandelte Factum anwendbar sind, des Richters Beherzigung verdienen — sie können in ihm, mangelt ein klares auf jenes Factum anwendbares Gesetz, die Ueberzeugung *befestigen* [303], dass auch der unterliegende Theil

302) — „wie auch, rechtliche Consilia und Berathschlagungen mit vorangesetzter facti specie und den rationibus dubitandi in Gestalt einer Quasi-Relation zu übergeben, erlaubt seyn, solche Consilia aber weder in referendo, noch in votando, Ziel und Maas geben (d. h. zur Richtschnur dienen) noch, *soviel das Factum belangt*, einigerley Weiss attendirt werden solle." R. Absch. v. 1654. §. 96.

303) Das von Schmidt gen. Phiseldeck a. a. O. §. 24 pag. 146. angeführte Verhältnis, in welchem derselbe die Responsa als Sicherung gegen den Vorwurf einer Temerität ansiehet, gehört wohl in das Gebiet des *dunklen* und *zweifelhaften Rechts*, wo die Kostencompensation ohehin

Theil es nicht verdiene, in sämtliche Unkosten des schwankenden Rechtsstreits verurtheilt zu werden.

5) Die *Bestätigung* eines von der Rechtskraft abgehaltenen Erkenntnisses kann, an sich betrachtet [304]), weder zu der Verurtheilung des Appellanten, Revidenten, Leuteranten u. s. w., in die Unkosten des verzögerten Processes, noch zu deren Vergleichung, einen Grund abgeben, sondern dieser ist in der Beschaffenheit der gegen das confirmirte Erkenntnis aufgestellten Beschwerden, mit Rücksicht auf die Verhandlungen der *vorigen* Instanz, nach den allgemeinen Principien zu suchen.

Daferne insonderheit

a) die Streitfrage in dem Gebiete des *ungewissen Rechts* sich herum treibt, so dass das vorige Erkenntnis auf des *Richters Beypflichtung zu einer streitigen Meinung* beruhet (§. bb. lit. E.) so sind die Un-

nehin heimisch ist. Man vergl. Weber a. a. O. §. 10. pag. 97. u. d. f. und Emmrich, §. 52.

304) Doch stehet auch hier der Rechtssatz: victus victori restituere debet litis expensas (§. q.) an der Spitze — ihre Anwendung hat die Rechtsvermuthung für sich.

Unkosten der zweyten, ja der dritten, u. s. w., Instanz *bis dahin jedesmal* zu compensiren, wo drey gleichförmige Rechtssprüche dem einen Theil Stillschweigen geboten haben [305].

Denn, in drey verschiedenen Instanzen soll jeder Unterthan sein Recht prüfen lassen dürfen, und dieses heilige unverletzbare Recht [306]) wird beengt und gemisshandelt, soll, im vorausgesetzten Fall des Mangels oder der Dunkelheit eines Gesetzes, der Appellant u. s. w. auf alleinige Kosten erforschen, welcher Meinung wohl noch zwey Richter zugethan seyn möchten. Bis dahin kann man ihn weder eines Irrthums, noch sonst einer Schuld, bezüchtigen — ja, wenn auch das dritte Erkenntnis ihn niederschlägt, so ist hierdurch sein bona fides nicht aufgehoben, sondern er wird nur das Opfer des Staates, welcher jener, selbst veranlassten, oder durch mensch-

305) L. un. Cod. ne liceat in una eademque causa tertio provocare. 7. 70.

306) R. Dep. Abschn. v. J. 1600. §. 15. R. A. v. J. 1654. §. 108. u. d. f. Gönner, in dem Handb. u. s. w. Thl. III. Abh. LV. §. 20. u. d. f.

menschliche Kräfte nicht zu hebenden, natürlichen Unendlichkeit des auf beyden Seiten gesetzlosen Rechtsstreites, aus Politik, durch Versagung weitern Gehörs, eine *gewaltsame* Gränze setzen muss. Die auf diesem Wege endlich unterliegende Parthey war nicht verbunden, von der Richtigkeit der vorhergehenden, von ihr angefochtenen, Erkenntnisse sich zu überzeugen — auch die gelehrtesten Gründe vermogten jenes nicht, da deren Kraft nicht dahin reicht, der Rechtsungewissheit, samt den deshalb in der Doctrin entstandenen verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten, ein Ende zu machen, und der nach dem Erkenntnis für besiegt erachteten Parthey die *wohlbegründete Hoffnung* zu entziehen, *ein anderer Richter werde anders erkennen.* Der Richter, welcher eine solche Parthey zu dem Ersatz der Unkosten verurtheilt, masst sich die Eigenschaft eines *Gesetzgebers* an [337]) — und *das soll er nicht seyn.*

Da-

337) Es ist daher die gewöhnliche Regel: „wird das vorige Erkenntnis *pure* bestätiget, so muss der Appellant, Revident, Leuterant u. s. w., die Unkosten des verzögerten Processes allein tra-

Daferne hingegen

b) nur die richtige oder unrichtige *Subſumtion des Facti unter das vorhandene deutliche Geſetz* in Frage ſtehet [308]),

ſo

tragen und dem Gegner erſtatten," nicht ſo blindlings zu befolgen, wie es die gewöhnliche Bequemlichkeit liebt. Das Cap. 59. X. *de appellat.* 2. 18. und Cap. 5. in 6to ej. tit. 2. 15. ſagen nur ſoviel, „wer *minus rationabiliter* oder *frivole* appellire, ſolle zurückgewieſen und in die Unkoſten verurtheilt werden," und ſprechen auch eigentlich von einem *rejectoriſchen* Reſcript. Und nach der L. 6. §. 4. Cod. de appellat. et conſult. 7. 62. ſoll derjenige gelinde beſtraft werden, *qui malam litem fuerit* perſecutus. Dieſes Geſetz ſtehet im Zuſammenhang mit L. 5. Cod. quorum appell. non recip. 7. 65., welches verordnet: wer *perperam* den Proceſs durch ein Suſpenſiv-Rechtsmittel verzögere, ſolle eine nahmhafte Geldſtrafe erlegen. Beyde letztern Geſetze ſprechen gar nicht von den *Proceſskoſten*, ſetzen aber, wie beyde erſtere, deutlich genug *temeritatem* voraus. Mithin ſind auch hier die allgemeinen Principien anzuwenden, d. h. die Regel §. q. kann auch dann Ausnahmen erleiden, wann das vorige Erkenntnis *pure* beſtätigt wird. Vid. §. bb. lit. A. nr. III.

308) Z. B. ob das Factum *voll* bewieſsen ſey, oder nicht? ob das richtige Geſetz von dem Richter auf das Factum angewendet worden ſey? u. ſ. w.

ſo daſs in dem eingewendeten Rechtsmittel *nur* behauptet wird: „des Richters *Reflexion* habe eine falſche Richtung genommen und ein den Acten und den *an ſich gewiſſen* Rechten nicht entſprechendes Reſultat gefunden und ausgeſprochen,“ ſo muſs die Beſtätigung des Erkenntniſſes auch die Verurtheilung des jetzt abermals Beſiegten in die Unkoſten des verzögerten Proceſſes zur Folge haben. Die Vernunft und das Recht ſind dem Begriff und der Wirkung nach *einfach*; es kann ein Reſultat des Verſtandes nicht *zugleich* vernünftig und unvernünftig, ſo wie die Anwendung eines poſitiven Geſetzes auf ein Factum nicht *zugleich* rechtlich und widerrechtlich ſeyn. Daher muſs die einmal *unter dem hier vorausgeſetztem Verhältnis* beſiegte Parthey, hat nicht ſolche ſtark ſprechende Gründe für die Fortſetzung der Rechtsverfolgung, vermuthen, „die *Reflexion* eines zweyten Richters werde *denſelben* Gang, wie diejenige des vorigen Rechtsſprechers nehmen,“ mithin eben daſſelbe Reſultat finden und ausſprechen, und es ſtellt ſie alſo der Erfolg dieſes Falles als ein

Sub-

Subject dar, welches leichtfertig den Prozeſs verzögerte.

Uebrigens ſind auch hier *andere* Compenſations - Gründe nicht ausgeſchloſſen [309]).

6) Dafür, daſs die Unkoſten eines zwiſchen Eheleuten, oder nahen Blutsverwandten, geführten Rechtsſtreits gegenſeitig aufzu-

309) Z. B. die Beſtätigung erfolgt nur bedingt, mit angehängter Erklärung, nur zum Theil, gemiſcht u. ſ. w. Auch die *Adhaeſion* des Gegners (MARTIN § 276) gehört hieher. War ſie fruchtlos, ſo iſt *inſoferne* auch der Adhaerente beſiegt — war ſie von Folgen, ſo daſs *in pejus* reformirt wird, (MARTIN, §. 265.) ſo hat doch der Adhaeſe das vorige Erkenntnis *inſoweit* für ſich. Eine verhältnismäſige Vertheilung der Unkoſten kann bey einer gemiſchten oder ähnlichen Beſtätigung den Rechten entſprechen. Auch *kann* in dieſem unter b geſonderten Gebiete eine Rechtscontroverſe, oder ſonſt res dubia, ein- und hinzutreten, und Vergleichung der Unkoſten begründen. Abweichende Anſichten haben SCHMIDT, gen. PHISELDECK, §. 25. nr. 6. u. EMMRICH a. a. O. §. 61., wo, ſo wie von WEBER a. a. O. §. 11. not. 11., die von CARPZOV in proc. jud. Tit. 18. Art. VI. nr. 79. aufgeſtellte ſchwache Meinung mit Recht getadelt wird. M. ſ. a. TEMMEN, de litis expenſis. Cap. VIII. Sect. IV. nr. 34.

zuheben wären [310]), läſst ſich der einzig ſcheinbare, reſp. auf den Fall einer Wiedervereinigung beſchränkte, blos politiſche, in dem gemeinen Recht [311]) auf keine

310) Viele dieſen Satz, reſp. generell reſp. beſchränkt, behauptende Rechtsgelehrten ſind angezogen von Emmrich, a. a. O. §. 70. not. a u. d.

311) Aus L. 9. Dig. de teſtibus. 22. 5. L. 9. Cod. ejusd. tit. 4. 20. L. 84. Dig. de jure dotium 23. 3. und L. 22. Dig. de re judicata 42. 1. folgern zu wollen, „das eheliche oder Verwandſchafts- oder Schwägerſchafts - Band ſchlieſse temeritatem litigandi aus," gränzt an einen *Miſsbrauch* der Geſetze. Eben ſo unfruchtbar iſt L. 11. §. 1. Dig. de dolo malo 4. 3. Wenn man, aus Ehrfurcht, gegen den Vater und Patron die infamirende actio doli nicht anſtellen ſoll, ſo folgt doch nicht, daſs, beſiegt man denſelben mit einer actio in factum, er auch von dem Koſtenerſatz frey zu ſprechen ſey. Es iſt wirklich zu bewundern, daſs man ſich nicht auch zu den abſurden Schluſs verirrt hat: weil eine Parthey von dem Gegner, für welchen ſie eine beſondere Achtung fühlen ſoll, inſonderheit von dem Vater, Patron und Lehnherrn, den Gefährde-Eyd nicht fordern könne, L. 16. Dig. *de jurejur.* 12. 2. L. 7. §. 3. Dig. *de obſeq. parent. et patron. praeſt.* 37. 15. L. 13. §. 14. Dig. *de damno infecto.* 39. 2. II. Feud. 35. §. 4., oder weil der Vater als Verwalter des peculii adven-

keine Weise angedeutete, Grund auffinden, damit die Erbitterung nicht gesteigert oder erneuert werden, auch jeder Theil für neuen Zwist sich hüten und keiner eine Veranlassung erhalten möge, dem andern mit dem Vorwurf einer vollen Besiegung zu trotzen und ihn von Neuem aufzureizen.

Von der Seite der Moralität betrachtet sollte man mit dem des Unrechts überführten Ehegatten und Verwandten strenger, als mit der ausser jenem Verhältnis stehenden Parthey verfahren [312]), indem es zugleich eine Untreue und Schändlichkeit in sich fasst, den Gatten, Verwandten

adventitii seines Hauskindes von der Fertigung eines Inventars oder eydlichen Verzeichnisses, so wie von der Sicherheitsbestellung, befreyt bleiben solle, L. 8. §. 4. Cod. *de bonis quae liberis.* 6. 61. Hellfeld in jurisprud. for. §. 909., so wären auch jene personae venerandi berechtiget, das Kind, den Vasallen u. s. w. zu chicaniren und zu vervortheilen, oder doch aus grober Schuld sie in Schaden zu stürzen.

312) Darauf zeigt das Röm. Recht ausdrücklich hin. L. 4. Cod. de patria potestate 8. 47. Reinharth, in diss. de error. pragm. in doctr. de compens. expens. litis. §. 45.

ten u. dergl., in einen ungerechten Procefs zu ziehen, und es gewifs wenigftens die gröbfte Schuld ausfpricht, die Pflicht zur aufsergerichtlichen Sühne und Befriedigung durch einen *nicht begründeten* Rechtsftreit auflöfsen zu wollen [313]).

7) Der aus dem Verhältnis der *Obrigkeit* zu ihren Unterthanen, um das Anfehen und die öffentliche Ehre der erftern aufrecht zu erhalten, und weil eine Vermuthung für derfelben legale Gefinnung ftreite, von manchen [314]) abgeleitete Compenfations-Grund ift fo wenig aus den pofitiven Gefetzen, als nach den Begriffen der Vernunft, zu rechtfertigen. Tritt aus dem Refultat des Proceffes eine culpa lata der ihn veranlaffenden Obrigkeit hervor, fo ift jene Vermuthung, die ohnehin von Handlungen *zu eigenem Vortheil* nirgends begründet ift, eben fo gewifs entkräftet, als der auf jene Weife felbftverletzte öffentliche

313) M. f. a. Emmrich, a. a. O. Weber, a. a. O. §. 13. not. 1. u. pag. 137. Leyser, fp. 88. med. 3.

314) Seyfarth, in dem teutfchen Reichsprocefs. Cap. 33. §. 2. und andere bey Emmrich, a. a. O. §. 67. not. a u. b. angezogenen Rechtsgelehrten.

fentliche Credit der Obrigkeit dadurch, daſs der Unterthan für derſelben illegales Unternehmen büſsen ſoll, nicht wieder hergeſtellt, ſondern noch mehr untergraben und herabgeſetzt wird. Denn ſo wie die Moralität auf Seiten der die Geſetze vorzüglich genau kennen und, zum vorleuchtenden Beyſpiel, ſtrenge beobachten ſollenden Obrigkeit ſich ſehr erhöhet [315], ſo wird jenes ihr, zum Miſsbrauch und zur Bedrückung der Unterthanen führendes, privilegium turpe den letztern als ein Merkmal und Ausfluſs der *Despotie* erſcheinen, mithin derſelben Liebe auflöſen, und Furcht gegen Tiranney ihnen einpflanzen; dahingegen ein Bekenntnis der Verirrung zum Unrecht und deſſen Vergütung durch Koſten-Erſatz die Anhänglichkeit und Achtung eher wieder herzuſtellen vermag [316].

8) Ganz daſſelbe gilt von dem geſetzloſen Princip: wann der Fiscus, oder der Fiscal, in einem Rechtsſtreit unterliege, ſo ſey er dennoch wegen jener Qualität, vermöge einer Vermuthung für ſeine

 Amts-

[315]) Weber, a. a. O. §. 13. pag. 137.

[316]) M. vergl. Emmrich, a. a. O. §. 67.

Amtspflicht und weil er in deren Gefolge handle, mit der Vergütung der dem Gegner veranlaſsten Unkoſten zu verſchonen [317]). Zu einem ſchändlichen Erwerb auf Unkoſten des ungerecht angefallenen Unterthans iſt der Fiscus in dem gemeinen Recht nirgends privilegirt [318]), und was den Fiscal inſonderheit betrifft, ſo iſt dieſer als Advocat und Anwalt des Fiscus zu betrachten, mithin, zeigt ſich derſelbe als leichtfertiger Streiter, die *Principalſchaft* in die Unkoſten zu verurtheilen, welche ſich dann, hat ſie ihren Mandatar zu jenem Unternehmen keinen Auftrag gegeben, an dieſem erholen mag *). Handelte der Fiscal ohne ſpecielle Inſtruction ſeiner Vorgeſetzten, ſo verdient die *Verletzung ſeiner Amtspflicht* noch eine *beſondere Strafe*, und zwar mit ſo mehr Grund, wann demſelben die Bezahlung ſeiner Arbeiten als Sold angewieſen iſt, mithin zu vermuthen

[317]) M. ſ. die bey Emmrich a. a. O. §. 68. allegirten Rechtsgelehrten.

[318]) Auch wollen die Geſetze den Fiscus in dubiis quaestionibus nicht begünſtiget wiſſen. L. 10. Dig. de jure fisci. 49. 14.

*) Thibaut, a. a. O. Thl. II. §. 875. u. d. f.

then ſtehet, ſein eigener Privatvortheil habe ihn zu der Unternehmung eines ungerechten Proceſſes aufgereizt [319]).

9) Auch der Kirche, ihren Vorſtehern und Güter-Verwaltern, ſo wie der ganzen Cleriſey, Mönchen, Paſtoren u. ſ. w., hat man das Vorrecht ertheilen wollen, als Beſiegte in einem ungerechten Proceſs mit Erſtattung der Unkoſten an ihren Gegner verſchont zu bleiben [320]). Von der Kirche ſelbſt, als einem blos idealen Weſen, ſoll wohl hier die Rede eigentlich nicht ſeyn, ſondern von ihren menſchlichen Adminiſtratoren, welche als Vormünder zu betrachten, folglich, führen ſie *aus eigenem Antrieb* mit grober Schuld einen ungerechten Proceſs, deſſen Folgen zu übernehmen verbunden ſind.

[319]) Man vergl. auch Emmrich, a. a. O. §. 68 Leyser, ſpec. 88. med. 8. Weber, a. a. O. §. 14. pag. 137. u. Not. 17. Reiharth, l. c. §. 45.

[320]) Es wollen dieſes manche ältere Rechtsgelehrte neben andern Gründen aus der Auth. *Sed hodie* rel. Cod. de episcopis et clericis I. 3. ableiten; allein m. ſ. Seyfarth, de compenſ. expenſ. Cap. II. 3. Reinharth, l. c. §. 44. Emmrich, a. a. O. §. 69.

ſind [321]). Die Amtspflicht kann ſie dagegen nicht ſchützen, ſondern iſt der Hebel einer beſondern Aufmerkſamkeit, deren Verletzung, ſtatt Schonung, Strafe verdient. Die gerühmte Frömmigkeit der Geiſtlichen, welche dieſe dem Verdacht der temeritas und des pruritus litigandi entheben und die Vermuthung begründen ſoll, heiliger Eifer für die heilige Sache der Kirche habe ſie beſeſſen und zu dem Rechtsſtreit angetrieben [322]), iſt eines Theils eine Hypotheſe, deren Wahrheit wenigſtens eben ſo viel Beyſpiele *gegen* als *für ſich* haben dürfte, und andern Theils macht ihnen die Religion vorzüglich zur Pflicht, eher eine Ungerechtigkeit zu dulten, als ſelbſt zu verſchulden, und hierdurch ein, dem Staate und der Kirche ſelbſt nachtheiliges, die Moralität ihrer geiſtlichen Kinder

[321]) L. 9. §. 6. Dig. de adminiſtrat. et peric. tut. 26. 7. L. 6. Cod. ej. tit 5. 37. Leyser, ſpec. 87. med. 9. Anders verhält es ſich, wenn dergleichen Adminiſtratoren Erlaubnis und Inſtruction zu der Proceſsführung von ihren Vorgeſetzten erhielten.

[322]) Temmen, l. c. Cap. IX. Sect. III. nr. 2. ſeqq. et nr. 89. ſeqq.

der tödtendes, Beyſpiel irrdiſcher Habſucht und eines niedrigen Eigennutzes zu geben. Nicht ſelten iſt es das *eigene* Intereſſe, welches dergleichen Subjecte zu dem Rechtsſtreit anreizt; und zeigt *deſſen Reſultat* auf eine ungerechte Proceſsführung hin, ſo iſt ohnehin jede für ſie ſtreiten ſollende Vermuthung von ſelbſt entkräftet [323]).

10) Letzteres tritt auch bey jedem proceſſirenden Theil ein, ſey dieſer auch im Allgemeinen als der redlichſte und gerechteſte Mann bekannt; und es iſt daher ſchlechthin grundlos, *von dieſer Eigenſchaft aus* [324]) auf das Abſeyn einer temeritas litigandi ſchlieſsen und deshalb den Beſiegten von der Erſtattung der Proceſskoſten frey ſprechen zu wollen [325]). Auch der legal geſinnte Mann iſt

[323]) M. vergl. Emmrich, a. a. O. §. 69. Leyser, ſp. 86. med. 2. Hommel, Obſ. 721.

[324]) *Nie* darf der Richter die bona fides *ſubjectiv* berechnen. Dieſes kann nicht oft genug geſagt werden!

[325]) Gewaltſam ziehet man hieher die L. 5. §. 6. Dig. de re militari. 49. 16., nach welchem Geſetz dem aus der Gefangenſchaft zurückkehrenden, vorher als treu und tapfer bekannten, Sol-

ist nicht frey von Leidenschaften, welche ihn in das Gebiet der groben Schuld ziehen können. Wo sollte auch die Grenze seyn? *Jeder ist als rechtlicher Mann zu vermuthen;* so daſs man das *absurde* Princip aufstellen müſste: *die Unkosten des Processes seyen nur dann nicht zu compensiren, wann der unterliegende Theil als ein schlechtes ungerechtes Subject bekannt wäre.* Weder dem Geist-

Soldaten auf sein Wort geglaubt werden soll, daſs er zu den Feinden nicht *übergelaufen* sey, dahingegen von dem über die Zeit seines Urlaubs zurückbleibenden, sonst feigen, oder herumschwärmenden, Soldaten gefordert wird, die angebliche Gefangenschaft nachzuweisen. Welche Aehnlichkeit, welcher Zusammenhang mit den Proceſskosten! Hier kann durchaus keine andere Vermuthung als diejenige in Betracht kommen, welche *aus dem Rechtsstreit selbst* hervorgehet. Noch unfruchtbarer ist die beygesellte L. 21. Dig. de rei vindicatione, 6. 1., da hier blos auf das allgemeine Princip hingedeutet wird, „Sclaven, welche weder gebunden übergeben werden, noch sonst der Flucht verdächtig sind, werden nicht custodirt," d. h. der Besitzer, welchem sie davon laufen, ist deshalb nicht verantwortlich. G. in Exerc. ad doctr. de culp. Fasc. I. exercit. IV. §. 1. obs. 3.

Geiſtlichen, noch einem andern als höchſt-rechtlich bewährten Mann, wird z. B. der Zeugen - Eyd [326]) oder der Eyd für Gefährde [327]) erlaſſen; und wie könnte alſo jene ſeine Qualität die *aus dem Reſultat des Rechtsſtreits* hervorgehende Vermuthung einer groben Schuld aufheben? Das Specielle ſchlieſst ohnehin das Allgemeine aus.

11) Die geſetzliche Vorſchrift, „daſs man demjenigen, welcher ſeine *Ehre* von einem andern beeinträchtiget glaubt, das rechtliche Gehör nicht verſagen [328]), vielmehr

[326]) Cap. 39. et 51. X. de teſtibus 2. 20. BOEHMER, in jur. eccl. prot. Lib. II. Tit. II. XX. §. 35.

[327]) Die in der Note 311. erwähnte Ausnahme beziehet ſich auf das Verhältnis einer dem Gegner *ſubjectiv ſchuldigen beſondern Ehrfurcht*, nicht aber auf die allgemeine *Qualität der Unbeſcholtenheit.* Man wiederhole nur, daſs *ſelbſt die Ableiſtung des Gefährde-Eydes* gegen den Koſten-Erſatz nicht ſichert, nr. 1. a. pag. 337., um in dieſem Punkt die allgemeine Vermuthung für legale Geſinnungen *jedem Einfluſs entrückt zu finden.*

[328]) L. 25. Dig. de procuratoribus et defenſoribus. 3. 3.

mehr, insoferne Gefahr in dem Verzug liegt, dergleichen Rechtssachen *vorzüglich fördern* solle [329]), begründet nicht auf die entfernteste Weisse das von manchen [330]) dorther abgeleitete Princip: wäre die Ehrenrettung des besiegten Theils der Gegenstand und Zweck des Processes gewesen, so sey dieser Ueberwundene mit dem Ersatz der Unkosten zu verschonen. Im Gegentheil folgt aus *diesem* Besiegtwerden ein Nebengrund, den Ehrenverfechter strenger zu beurtheilen; sey es nun, dass er die angebliche Ehrenkränkung *durchaus nicht* zu erweissen vermogte, oder dass der Sieger den Grund seines Vorwurfs dargethan hatte. Denn in dem ersten Fall hat der Besiegte wenigstens als ein leidenschaftliches, und in dem letztern Falle sogar als ein schändliches, Subject sich blosgestellt [331]).

12) der Arme soll, nach *ausdrücklichen* Ge-

[329]) L. 36. Dig. de fideicommissariis libertatibus. 40. 5.

[330]) Sie sind angezogen bey Emmrich, a. a. O. §. 72. not. a.

[331]) M. vergl. Emmrich, a. a. O. pag. 367. u. d. f.

Gesetzen[332]), für ein *freventliches, muthwilliges, unbilliges*, Umtreiben oder Umziehen in Rechten, *falls er die Processkosten zu bezahlen nicht vermöge*, mit einer *Leibesstrafe* belegt werden [333]), und dieses gewiss aus dem vernünftigen Grund, weil es von *höherer* Moralität ist, einen widerrechtlichen Schaden mit dem Bewusstseyn, man vermöge es nicht,

332) M. s. §. I. und §. s. dieser Abh. pag. 213. u. d. f. und pag. 248. not. 135.

333) Gründlich wird in Bülow und Hagemanns pract. Erört. u. s. w. Thl. IV. Erört. XLIX. bemerkt, 1) dass man hier den Satz: *qui non habet in aere luat in corpore*, welcher eine als Strafmittel dictirte *Geldbusse* voraussetzt, nicht falsch anwenden, dabey 2) von dem Fall absehen muss, wo der Sieger darauf antragen kann, dass der zur Zahlung der Processkosten unvermögende Besiegte durch persönliche Dienste jene Schuld tilge, und dass 3) die dem Armen für dessen Chikane, oder Temerität, zuzuerkennende Ahndung als eine *öffentliche* Strafe von dem Willen und Ermessen des Richters ausgehet — nicht aber von einer Befugnis des Siegers. Dass jedoch dieser das Richteramt *auffordern dürfe*, verstehet sich eben sowohl von selbst, als das, dass durch den Vollzug jener öffentlichen Strafe des Siegers Rückforderungs-Recht (§. i.) nicht aufgelöst wird.

nicht, denselben zu erstatten, aus grober Schuld zu veranlassen [334]). Damit stehet also die Meinung [335]), „Armuth sichere gegen Verurtheilung in die Unkosten," in einem *directen Widerspruch.*

13) Mitleidswürdige Personen sind zwar mit einer *Bequemlichkeit* [336]) der Rechtsverfolgung und auch insoferne privilegirt, daſs derselben Rechtsstreitigkeiten, der Verhandlungs-Zeit nach, andern Processen vorgezogen werden sollen [337]); allein hieraus läſst sich die gesetzliche Erlaubnis nicht ableiten, durch muthwillig und leichtfertig veranlaſste Rechtshändel andere in Schaden zu stürzen. Stehet ein Subject jener Eigenschaft unter Tutel oder Curatel, so verstehet sich

[334]) M. vergl. Emmrich a. a. O. §. 73.

[335]) Lancellott, de attentat. P. II. Cap. 14. nr. 2. Bodinus, de expensis. th. 16.

[336]) Wenigstens nach römischem Recht. L. un. Cod. quando imperator inter pupill. 3 14., und in manchen teutschen Ländern, vermittelst einer Usual-Erklärung jenes Gesetzes, durch ein forum extraordinarium. Martin, §. 56. Not. u. und v.

[337]) L. 36. Dig. de fideicom. libert. 40. 5.

ſich ohnehin, daſs die deshalbigen Verordnungen der Geſetze zur Anwendung kommen [338]).

14) Ob der aus auſsergerichtlichen Verſicherungen hervorgegangene Beweggrund, in einen Rechtsſtreit ſich einzulaſſen, gegen den Vorwurf leichtfertiger Streitſucht und die Verurtheilung in die Erſtattung der Proceſskoſten an den ſiegenden Gegner ſicher ſtelle [339])? iſt im Allgemeinen verneinend, jedoch mit Unterſchied, zu beantworten. Betrafe nemlich der eingezogene Unterricht

a) den *Rechtspunkt*, ſo kommt eben dasſelbe zur Anwendung, was oben nr. 4. von den Reſponſis juris u. dergl. behauptet wurde. Es kann ſich daher die beſiegte Parthey auch nicht mit dem Bezug auf die Rechtszuſicherung ihres Advocaten von jener Verurtheilung befreyen. Der Mangel an Rechtskenntnis wird ihr ſelbſt zur Laſt gerechnet, — es bleibt ihr nichts übrig, als, den ſie ver-

338) L. 9. §. 6. Dig. de adminiſtrat. et periculo tutor. 26. 7. L. 6. Cod. ej. tit. 5. 37. THIBAUT, in d. Syſt. des Pand. R. Thl. I. §. 518.

339) M. ſ. die Litteratur bey WEBER, a. a. O. §. 13. Not. 10.

verleitenden Rathgeber, insoferne die Gesetze dieses gestatten, auf Entschädigung zu belangen [340]. Hatte der Unterricht

b) *Thatsachen* zum Gegenstand,

α) welche der Besiegte als *Behauptung* aufstellte und nachher nicht zu erweissen vermogte, so kann ihn auch das Zutrauen zu diesem Unterricht von der Verbindlichkeit zur Kosten-Erstattung nicht loszählen, wenn gleich die angezogene Thatsache ein Factum alienum war. Von dem *Resultat* eines Rechtsstreites *schliessen die Gesetze auf die Beweggründe des Besiegten zurück*, und es ist dieses auch das *einzige* Mittel, zu verhüten, daſs nicht aus jedem Proceſs ein zweyter über den Kostenpunkt hervorgehe [341]. Baut eine Parthey auf die Zusicherungen anderer, um hieraus einen Vortheil zu ziehen, so kann er dieses nur auf *seine Gefahr* unternehmen. Er ist dann, wann er sich

[340]) Thibaut, a. a. O. Thl. II. §. 866.

[341]) Dieses wollen die Gesetze vermieden wissen. L. 3. in fine Cod. de fruct. et litis expensis. 7. 51.

ſich nur auf *Hörenſagen* verlieſse, ohnehin leichtfertig, und alſo in grober Schuld. Wurde ihm aber eigene Perception der Thatſache von den angeblich Unterrichteten zugeſichert, und er ernennt dieſe nicht als Zeugen, ſo leidet er abermals durch eigene höchſte Nachläſſigkeit. Sagten jene Perſonen, als producirte Zeugen, das Gegentheil aus, oder bekannten gerichtlich ihr Nichtwiſſen, ſo mag der Producent, kann er nachweiſsen, ſie hätten ihn, abſichtlich oder ſchuldlich, in Irrthum geführt, ſeinen Regreſs an dieſe Verführer nehmen. *Nicht die innere, blos ſubjective, Ueberzeugung von der Wahrheit einer Thatſache iſt es, welche gegen Koſten-Erſatz ſichert, ſondern die äuſsere Möglichkeit und deren legale Ausführung, den Richter von jener Wahrheit wenigſtens bis zur Begründung eines geſetzlichen Eydes zu überzeugen.* Wer *dieſes* nicht vermag, wird in foro *externo* als *temere* litigans beurtheilt. War aber der Zweck jenes Unterrichts

β) eine *von dem Gegner behauptete*, in Hinſicht auf die zur Antwort pflichtige

tige Parthey *fremde*, Thatſache, ſo kann das Streben, deren Wahrheit zu erforſchen, dem nachher dennoch beſiegten, nicht gründlich unterrichteten, Antworter allerdings *inſoferne* zu Statten kommen, als er hierdurch den Vorwurf einer leichtſinnigen Verneinung jenes Facti, und eines leichtfertigen Eintritts in den Proceſs, von ſich wendet, und ſo die Rechtlichkeit, ihn mit der Erſtattung der Unkoſten an den ſiegenden Gegner zu verſchonen, *vollſtändig befeſtiget* [342]).

15) Auch der *vor dem Gebrauch eingetretene Verluſt eines Beweismittels*, dieſen an ſich betrachtet, eignet ſich nicht zu einem Grund der Koſtencompenſation. War der Beweisführer durch Verzögerung, oder dadurch, daſs er nicht ſeine Zuflucht zu einer probatio in perpet. rei memoriam [343]), oder zu der Subſtitution eines andern vorhanden geweſenen Beweismittels [344]), nahme u. dergl., ſelbſt in Schuld, ſo trägt er deren Folgen. Im Fall

[342]) M. ſ. §. bb. lit. D. pag. 323.

[343]) Martin, §. 304.

[344]) Martin, §. 173. Not. g.

Fall er aber auch ausser aller Schuld seyn sollte, und er vermag, durch irgend ein Beweismittel, in dem ihm obliegenden Hauptbeweis darzuthun, *dass jenes verlohrne Beweismittel von Wirkung gewesen seyn würde*, so liegt *eben hierinnen* schon ein solcher Grad des *Haupt-Beweisses*, welcher wenigstens das Erkenntnis auf einen gesetzlichen Eyd, sey es auch nur ein purgatorium des Gegners, zur Folge haben, ja vorzüglich ihm den Anspruch auf einen Erfüllungs-Eyd geben kann [345]). *Dadurch* wird sodann die Kosten-Vergleichung als begründet erscheinen.

16) Auch die Verordnung der Römischen Gesetze: „nicht jeder Kleinigkeit wegen solle die Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand ertheilt [346]), oder die actio doli gestattet [347], oder ein Vertrag rescindirt werden [348]),“ woher man die Regel gebildet hat: *„minima non curat Prae-*

345) MARTIN, §. 199. vergl. mit THIBAUT, a. a. O. Thl. III. §. 1182. Not. p. q. und r.

346) L. 4. Dig. de restitut. in integr. 4. 1.

347) L. 9. in fine Dig. de dolo malo. 4. 3.

348) L. 54. Dig. de contrah. emtione venditione. 18. 1.

Praetor," wollen manche dann als Grund einer Compenſation der Proceſskoſten benutzen, wann dieſe *nicht von Bedeutung wären.* Es bedarf jedoch dieſer rechtloſe Irrthum um ſo weniger Widerlegung, weil der Werth einer Summe für ein Subject von dem Verhältnis deſſen eigenen Vermögens abhängt, und ſich nicht abſehen läſst, warum der Sieger dem temere litigirenden beſiegten Gegner ein Geſchenk mit einer kleinen Summe machen ſolle. Selbſt die Beſchränkung auf den Fall, wo der Beklagte im Anfang des Proceſſes bona fide zahle, oder der Kläger denſelben zeitig aufgebe [349]), iſt, wie aus dem obigen folgt [350]) in der Allgemeinheit grundlos. Wenigſtens könnte in dieſen Fällen die *Urſache* einer Vergleichung der Unkoſten *nicht in deren Geringfügigkeit liegen.*

Eher läſst jenes Princip *dann* ſich anwenden, wann der Richter eine *Scheidung* der Proceſskoſten über einzelne *ungege-*

349) Von dieſen in der L. 5. §. 1. Cod. *de fructib. et lit. expenſ.* 7. 51. enthaltenen Aeuſserungen gehet, nach Reinharth l. c. §. 34., obige Meinung vorzüglich aus.

350) M. ſ. §. 8. not. 146. pag. 254.

getrennt verhandelte Streitpunkte für rechtlich erachtet; denn in diesem Falle ist es in der Regel unausführbar, mit einer mathematischen Elle so genau zu messen, daſs jede Ungleichheit vermieden würde.

17) Vorzüglich vage ist die Meinung [351]), daſs eine Vergleichung der Unkosten *deshalb* eintrete, weil auf die geschehene Provocation *ex lege diffamari* [352]) dem Provocaten ein ewiges Stillschweigen aufgelegt, oder, was gleichviel ist, erkannt worden sey: „derselbe wäre mit seinen gerühmten Ansprüchen nicht weiter zu hören.“ Mag die Diffamation eine *gerühmte Klage* [353]), oder blos eine *nachtheilige Aeuſserung*, zum Gegenstand haben, so setzt jenes Erkenntnis voraus, daſs entweder der zur Antwort auf die Provocation gerichtlich und peremtorisch geladene Provocat diese Ladung *gar nicht* be-

[351]) Man sehe die bey Weber, a. a. O. §. 13. not. 12. und bey Emmrich, a. a. O. §. 76. not. a. bemerkten Rechtsgelehrten. Der mitangezogene Schaumburg ist der ihm beygemessenen Meinung nicht zugethan.

[352]) Martin, §. 95. u. 244.

[353]) Dieses ist *auch bey der Diffamation* möglich.

befolgte, oder daſs der Provocant das Geſchehenſeyn der Diffamation beſcheinigte, der diffamirende Provocat hingegen in der vorgeſchriebenen peremtoriſchen Friſt die gerühmte Klage *nicht anhängig machte*, oder reſp. die Wahrheit des Inhalts ſeiner Diffamation *nicht erwieſse.* In jedem dieſer Fälle iſt aber eine mala fides des Diffamanten deſto gewiſſer anzunehmen, weil das Ausſtoſsen der Diffamation *wenigſtens* als leichtſinnig, als wirklich *temere*, erſcheint. Die Provocationen ſind einmal als rechtserlaubt befeſtiget, und der Provocat hat daher die *Zwangspflicht*, ſeine Diffamation vor Gericht *zu rechtfertigen*, oder ſich, wo nicht als Calumnianten, doch als muthwilligen Frevler, und reſp. als einen Ungehorſamen, beurtheilen zu laſſen [354]).

18)

[354]) M. vergl. Emmrich, a. a. O. §. 76. und die dort Not. b. bem. Litteratur ' Wann hingegen der Diffamant den Grund ſeines gerühmten Anſpruchs gerichtlich behauptet, und entweder die ſich zugeſchriebene Klage anſtellt, oder zu deren Anſtellung verurtheilt wird, ſo ſind die Unkoſten des Diffamations-Proceſſes *auszuſetzen.* Denn das auſsergerichtliche Rühmen eines Anſpruchs, welchen man ſich wirklich beylegt und gerichtlich auszuführen gedenkt, iſt

an

18) Die Frage: wie in Streitigkeiten *über den jüngſten Beſitz* der Unkoſten wegen abzuſprechen ſey? läſst ſich ſo ſchlechthin nicht beantworten. Im Fall das ſogenannte Factum turbativum auf keine Weiſe den Charakter der Vertheidigung des Eigenthums oder ſelbſtigen Beſitzes hat, ſondern *ſchon an ſich betrachtet als illegal*, als Verſuch einer unerlaubten Selbſthülfe, oder gar als Spolium, vorliegt [355]), ſo entſpricht es den obigen allgemeinen Principien, daſs der Beſiegte dem um Schutz in dem Beſitz implorirenden und hierinnen ſiegenden Theil die Unkoſten erſtatte [356]). Nicht ſelten aber ſind

an ſich betrachtet keine unerlaubte, von einer mala fides ausgehende, Handlung. Das *Reſultat der Hauptſache* giebt ſodann zugleich die Gründe zu der richterlichen Entſcheidung, welcher Theil jene Unkoſten des Vorpunktes zu tragen habe, oder ob ſelbige zu vergleichen ſind.

355) Pütter, in den Rechtsfällen, Thl. I. Dec. 169.

356) Von *ſolchen* Fällen ſpricht wohl Struben, in den rechtl. Bedenken Thl. I. Bd. 10. §. 1. Hommel, Obſ. 884. Gönner, in dem Handbuch u. ſ. w. Thl. IV. Abh. 81. §. 11. nr. 13. Men-

ſind jene Merkmale *zweifelhaft*, und dennoch muſs der Richter, um die Ruhe unter den Partheyen zu erhalten und die Gefahr gegenſeitiger Thätlichkeiten abzuwenden, mit einer leichten Beſcheinigung ſich begnügen, und, aus jenem Grund, *einer policeylichen Verfügung gleich*, durch ein *Proviſorium* den Beſitzſtand beſtimmen [357]). Auch iſt es möglich, daſs *beyde* Theile in dem Beſitz einer Sache ſich befinden und die *gegenſeitigen* Reibungen, damit dieſe ſich nicht erweitern und in Gewaltthätigkeiten ausarten, durch einen ſchleunigen richterlichen Ausſpruch, „*was* und *wie weit* jeder *ad interim* beſitzen ſolle," gehemmt werden müſſen. Dieſes nun ſind die

Fälle,

Mencken, in ſynopſ. proc. Tit. XXXVI. §. 14. nr. 5. Auch verſtehet ſich von ſelbſt, daſs, wer den jüngſten Beſitz für ſich behauptet, dieſen jedoch, oder die erlittene Stöhrung, durchaus nicht zu beſcheinigen vermag, ſofort als temere litigans in die Unkoſten dieſes Proceſſes zu verurtheilen iſt.

[357]) Gönner, a. a. O. §. 22. u. d. f. und Abh. LXXIX. §. 21. u. d. f. Boehmer, in doctr. de action. Sect. II. Cap. IV. §. 14. Mevius, in Deciſ. P. II. Deciſ. 236.

Fälle, wo es als weiſe anerkannt werden muſs, das Erkenntnis über die Unkoſten bis dahin *auszuſetzen*, wo der Richter in poſſeſſorio ordinario, oder in petitorio, ein *näheres Licht* über die Verhältniſſe des ſtreitigen Beſitzes erhält, und die Temerität des einen oder des andern Theils zu erfinden vermag [358]. Dahingegen läſst ſogar *Koſten-Compenſation* bey der Entſcheidung des jüngſten Beſitzes ſich denken, inſoferne nemlich beyde Theile die Grenze der Vertheidigung überſchritten, durch facta *per ſe illicita* die Poſſeſſion gegenſeitig geſtört und ſo beyde eine Schuld ſich beyzumeſſen haben, u. dergl [359].

Eben ſo wenig läſst ſich durch eine allgemeine Regel feſtſtellen, ob der in ſummariiſſimo ſiegende Theil, falls ſolcher in dem nachher wegen eines *beſſern* Be-

358) Auf *dergleichen* Fälle iſt alſo anwendbar SCHAUMBURG, in princ. prax. jud. Lib. II. Cap. IV. §. 10. MARTINI, in comm. for. Tit. XXXVI. §. 1. nr. 132. MEVIUS, l. c. P. VII, Deciſ. 335. LEYSER, l. c. ſpec. 499. med. 10. Auch ſcheint WEBER, a. a. O. §. 13. a. E. pag. 140. beyzuſtimmen.

359) M. ſ. a. HOMMEL, l. c. Obſ. 884.

Besitzes, oder wegen des *Rechtes selbst*, gegen ihn erhobenen Process unterliegt, auch die Unkosten *jenes erstern* Rechtsstreits über den jüngsten Besitz dem Sieger in poss. ord. oder in petitorio zu erstatten habe? — Im obigen *ersten* und *letzten* Fall, wo entweder die eine Parthey, wegen einer schon an sich betrachtet unerlaubt befundenen Turbation im Besitz, sofort in den Ersatz der Unkosten verurtheilt wurde, oder wo eine gegenseitige Schuld die Compensation begründete, muss es *bey jedem Schicksal der künftigen Processe*[360]) bey der *Rechtskraft* jenes auf *selbstständigen, nach den Verhältnissen jenes Processes abgemessenen, Gründen* beruhenden Erkenntnisses *verbleiben*[361]). Wurde hingegen der Kosten-

[360]) D. h. possessorii ordinarii oder des petitorii. Martin, §. 217. Thibaut, a. a. O. Thl. I. §. 320.

[361]) Insoferne nach einem Verfahren in summariissimo über den Besitz und die Unkosten des deshalbigen Processes *entscheidend abgesprochen wird*, ist dieses Erkenntnis als eine *über diese Streitpunkte* ergangene, der Rechtskraft fähige, Definitiv-Sentenz zu beurtheilen. Berger, in elect. proc. poss. §. 38. Hommel, obs. 884.

ſtenpunkt *unentſchieden gelaſſen*, ſo iſt eben hiermit ausgeſprochen, daſs deſſelben Entſcheidung von *derjenigen abhängen* ſoll, welche in dem offen behaltenen Rechtsſtreit über den *beſſern* Beſitz, oder das *Recht*, in der Hauptſache erfolgen wird. Daferne *hier* die Unkoſten aus irgend einem rechtlichen Grund compenſirt werden, ſo ſind es auch *jenes*; — dem *hier* rein beſiegten und in ſämmtliche Unkoſten verurtheilten ſtreitenden Theil hingegen fällt auch der in dem Rechtsſtreit über den jüngſten Beſitz geſchehene Koſtenaufwand ausſchlieſslich zur Laſt — der Sieger muſs auch *dieſen* Verlag erſtattet erhalten [362]). Würde jedoch die im jüngſten Beſitz geſchützte Parthey in petitorio zwar vollſtändig beſiegt, hätte aber in den Acten als poſſeſſorem bonae fidei ſich gerechtfertiget, ſo kann auch dieſes, aus dem im §. bb. unter lit. D. angeführten Grund, eine Vergleichung der Unkoſten zur Folge haben [363]).

Grund-

362) Von *dieſem* Verhältnis ſpricht Leyser, ſpec. 499. medit. II.

363) Die mancherley, reſp. vagen und ſich widerſprechenden, Meinungen über den Koſtenpunkt

Grundlos ist es jedoch, aus dem zugesprochenen *factischen* Besitz eine bonam fidem des Besitzers, und daher auch in possessorio ordinario, oder in petitorio, eine Ursache zu der Kosten-Compensation ableiten zu wollen [364]).

In jenen künftigen Processen, besonders in dem Streit *über das Recht selbst*, sind die objectiven Merkmale des Daseyns oder Abseyns eines redlichen Besitzes aufzusuchen [365]), und was dieser wirke, ist nach den allgemeinen Principien zu beurtheilen.

§. dd.

punkt in possessorio summariissimo haben nur darinnen ihren Grund, weil man die verschiedenen Fälle nicht sondert. Man vergl. Danz, in den summ. Proc. §. 59. nr. IX. Thibaut, a. a. O. Thl. I. §. 319. lit. C. Emmrich, a. a. O. §. 75. Struben, a. a. O. Thl. I. Bd. 10. §. 2. Weber, a. a. O. §. 13. not. 13. u. pag. 139. Gönner, a. a. O. Thl. IV. Abh. 81. §. 11. nr. 13.

364) Carpzov, in Resp. Lib. I. Tit. II. resp. 18. Eine gleiche Ansicht in Bezug auf Restitution der Früchte hat Berger, l. c. §. 39.

365) Struben, a. a. O. Thl. I. Bd. 10. §. 2. Leyser, spec. 83. med. 3.

§. dd.

Eine besondere Dunkelheit ist über den Kostenpunkt der sogenannten *ausserordentlichen Rechtsmittel*, d. h. die *Restitutionsgesuche* und *Nichtigkeitsklagen* [366]), verbreitet.

In Hinsicht auf *erstere* muss man wohl unterscheiden

1) *die* Restitutions - *Klagen*, welche den *processualischen Eingang* in den Haupt-Rechtsstreit, von diesem einen präjudiciellen, materiell connexen, Streitpunkt bilden, und mit der Hauptsache zusammen in der Form einer successiven Klagenhäufung sich darstellen [367]).

Hier kann von besondern Principien die Rede nicht seyn, — denn die Restitutionsklage ist, wie jede andere Klage, die Basis eines sich entwickelnden Rechtsstreits, und was von allen Processen gilt, gilt auch von diesem. Der Sieger erhält also von dem Besiegten die Unkosten erstattet, es gienge denn eine der im §. bb. ver-

366) Martin, §. 284. u. 285.

367) Schmidt, in dem Lehrb. v. ger. Klag. und Einr. §. 1141. u. d. f. Boehmer, in doctr. de act. Sect. III. Cap. XII. §. 5. et 6.

verzeichneten Urſachen der Compenſation als anwendbar aus dem Reſultat jenes Rechtsſtreits hervor —

2) *diejenigen* Reſtitutions-Geſuche, welche im Laufe des Proceſſes, nicht in Bezug auf das Material der ganzen Hauptſache, ſondern in Rückſicht auf *einzelne Verhandlungen*, inſonderheit der Verſäumniſſe wegen [368]), zu dem Zweck angebracht werden, damit der Implorant in dem Betrieb der Hauptſache von einem gewiſſen Punkt aus wieder voranſchreiten dürfe — oder, wie ein gelehrter Beyſitzer des vormaligen Reichs-Cammer-Gerichts [369]) ſich ausdruckt, „Reſtitutionen gegen verſäumte Fatalien und Termine, contra deſertorias, wie ſie entweder brevi manu oder praevia cauſae cognitione, vel citatione ad videndum reſtitui, ertheilt werden, und die binnen der Zeit nachgeſucht werden müſſen, welche *re adhuc integra* annoch competirt hätte [370]).“

Dieſe

368) Martin, §. 80. u. §. 285. Not. o. und p.

369) Riedesel, in den Vorträgen an den v. Rath des K. Kammergerichts Vort. II. §. 2. pag. 80.

370) *Conc. Cam. Ger. Ord.* v. J. 1613. Thl. III. Tit. 62. §. 3.

Diese auf den Richter in der Hauptsache nicht einwirkende Erscheinungen in den Process wurden bereits §. aa. pag. 301. u. d. f. mit der Bemerkung erwähnt, dass selbst der siegende Implorant die durch das Gesuch einer Restitution und deren Ertheilung veranlasste Unkosten ausschliesslich zu übernehmen und seinen Gegner zu erstatten hat, er wäre denn, *erwiessener Masen*, durch des letztern *eigene alleinige* Schuld in das Versäumnis geführt worden. Doch ist auch eine *gemeinschaftliche* Schuld und *hierdurch* begründete Kosten - Compensation nicht undenkbar —

3) solche Restitutions - Gesuche, „*welche blos gegen rechtskräftige Definitiv-Sentenzen, oder doch gegen solche interlocutorische Urtheile, die vim definitivae haben*, gesucht werden [371]).

Diese veranlassen einen die *Hauptsache selbst* betreffenden, *selbstständigen*, auf *nova* [372]) gegründeten, Rechtsstreit, und es

[371]) *Cam. Ger. Ord.* v. J. 1555. Thl. III. Tit. LII. *Conc. Cam. Ger. Ord.* v. J. 1613. a. a. O. §. 1. RIEDESEL a. a. O. §. 2. MARTIN, §. 285. u. E. GÖNNER, a. a. O. Thl. III. Abh. LXVI.

[372]) RIEDESEL, a. a. O. §. 18 u. 58. GÖNNER, a. a. O. §. 7. u. d. f.

es scheint daher, es müssten auch hier, so wie bey den Restitutions-*Klagen*, in Ansehung des Kostenpunkts die *allgemeinen* Principien als Regel gelten [373]. Allein da hier das *besondere Verhältnis* eintritt, dass dieses Rechtsmittel einen *schon beendigten* Process voraussetzt, und dahin abzweckt, *das aus diesem als Resultat hervorgegangene förmliche Recht zu rescindiren* — da desselben erste Bedingung ist, dass der Implorant sein Suchen auf *neue*, d. h. in dem vorigen Process *nicht vorgekommene*, jedoch ein neues fundamentum agendi, oder resp. ex-

[373]) Das in der Note 371. angezogene Reichsgesetz, so wie vorher der Visit. Absch. v. J. 1533. §. 5., enthalten nur soviel: im Fall befunden würde, dass die Restitution *calumniose* oder *gefährlicher* Weiss, oder aus Ursachen, so *vormals in Gerichtshändeln angezogen und deducirt worden* wären, oder sonst *aus neuen unrechtmässigen und unerheblichen* Ursachen, begehrt sey, solle u. s. w. der Procurator, oder die Parthey, wer von ihnen die Schuld habe, in die Unkosten verurtheilt werden." Dieses beziehet sich also darauf, wann das Restitutionsgesuch nicht gehörig begründet ist und *sofort als unstatthaft* verworfen wird, wie eine nicht gehörig begründete Klage. TAFINGER, in institut jurispr. cam. §. 1034.

excipiendi, nicht enthaltende, *Thatsachen*, oder *neue Beweisse* des in jenem verlohrnen Rechtsstreit aufgestellten Klag- oder Einrede-Grundes baue [374]) — da der Implorant schwören muss: „er habe von dem jetzigen Einbringen vorher *einige Wissenschaft nicht gehabt*, oder doch *nicht vermeinet, dass es zur Sache dienlich sey*" u. s. w. [375]), dieser *Gefährde-Eyd* aber auf den Kostenpunkt keinen Einfluss hat (§. cc. nr. 1. *a*.) so muss man annehmen, dass

a) *alsdann*, wann der Implorant der jetzigen novorum Benutzung in dem vorigen Process *blos aus Willkühr*, in der *Meinung*, derselben Inhalt sey nicht sachdienlich, oder auch eine fleissige Nachforschung schuldlich unterlassen hat, ihm *auch als Sieger* in restitutorio *sämmtliche*, *hierdurch veranlasste*, Unkosten *allein* zur Last fallen müssen, es sprächen denn die Acten in Hinsicht *auf die jetzige Processführung* eine Chikane, oder grobe Schuld, des Imploraten *klar* aus. *Blos aus dem Besiegtwerden* kann *hier* die Vermuthung jener Schuld

[374]) Riedesel u. Gönner a. a. O.

[375]) *Leider!* M. s. Gönner, a. a. O. §. 5.

Schuld *nicht gezogen werden.* Denn in dem vorausgesetzten Fall ist des Imploranten Unternehmen nur *als die Verbesserung eines frühern, mit voller Freyheit begangenen, Fehlers* zu betrachten, und der Implorate kann so schlechthin nicht schuldig seyn, jene *Willkühr* und jenen *Irrthum*, oder jene *Schuld*, des Gegners zu verbüssen, oder auf das aus dem Resultat des vorigen Processes erworbene förmliche Recht früher zu verzichten, ehe der Richter die von dem Imploranten beygebrachten nova für erheblich und erwiessen anerkannt und ausgesprochen hat. Im Fall hingegen

b) die verspätete Entdeckung der Novorum zugleich als *schuldlos* vorliegt, so fällt der Kostenpunkt unter die *allgemeinen* Grundregeln. Dieses Rechtsmittel der Restitution ist von den Gesetzen gerecht und weise *) erlaubt worden, und der Implorate muss desselben Anwendung wider ihn sich gefallen lassen. Doch kann auch hier der Sieg

*) Gönner, in d. Kritik des Entw. einer neuen Gerichts - Ordn. f. d. Kön. Sächs. Lande. pag. 102. Anmerk. 89.

Sieg des Imploranten das in dem vorigen Rechtsstreite der Unkosten wegen erfolgte Erkenntnis *nur dann dahin* verrücken, dass der Implorate in selbige verurtheilt werde, wann in restitutorio *zugleich mit bewiessen wird*, eine Calumnie, oder grobe Schuld, des damaligen Siegers habe den Gebrauch der jetzigen novorum verhindert, oder seiner damaligen Processführung zum Grunde gelegen. Auch hier kann *das Besiegtwerden allein* jene Vermuthung nicht begründen, weil der Implorate das Resultat des *vorigen* Processes immer *insoferne für sich behält*, als aus demselben hervorgegangen ist, *damals* habe er einen *gerechten* Process geführt. Ziehet man nun auch die nova *zurück in jenen ältern Process* und *fingirt*, sie seyen in diesem schon vorgebracht und benutzt worden, so kann sich doch diese fictio nur auf die Entscheidung in der *Hauptsache* beziehen und *deren* Schicksal bestimmen, keinesweges hingegen *die Processführung selbst*, so wie sie sich in dem frühern Rechtsstreit entwickelt hat, und eine Schuld oder Nichtschuld der Partheyen ausspricht, rescindirend vertilgen, falls nicht *auf eine*

andere Weise, als durch das *blose* Beybringen und Ausführen der novorum, des jetzt *hierdurch* Besiegten *damals vorhanden gewesene* mala fides blosgestellt wird [376].

Siehet man zurück auf die *Nichtigkeitsklagen* [377]) gegen *der Zeit nach* als rechtskräftig [378]) vorliegende richterliche Erkenntnisse, und 1)

[376]) Verschiedene, wie es scheint nicht genug geläuterte, Ideen äussern über den Kostenpunkt der Restitutions-Instanz EMMRICH, a. a. O. §. 64. und SCHMIDT, gen. PHISELDECK, a. a. O. §. 27.

[377]) Die Beschwerde über *heilbare* — *positive* — Nichtigkeiten, Abh. III. §. e. pag. 54. MARTIN, §. 283., gehört wohl nicht hieher; sondern der Kostenpunkt dieses Rechtsmittels ist nach den Principien zu beurtheilen, welche von den Unkosten der Instanz eines ordentlichen Rechtsmittels gelten. §. dd. u. cc. nr. 5. Wenn jedoch die positive Nichtigkeit in einer bewiesenen Schuld des Querulaten ihren Ursprung hat, so muss dieser, des im Mittel liegenden richterlichen Erkenntnisses ungeachtet, in die Unkosten, von der Nullität an, ausschliesslich verurtheilt werden. Denn selbst dieses Erkenntnis ist ein *Product jener Culpa.*

[378]) Es läst sich jedoch auch denken, dass die Klage wegen unheilbarer Nullität intra decennium angestellt werde.

1) der factische Grund eines solchen Rechtsmittels bestehet in der Behauptung einer die Nichtigkeit des angefochtenen Erkenntnisses begründenden dolosen Handlung *des Querulaten* [379]), so liegt die reine Natur jeder andern Klage vor. Die *Nichtigkeit* jenes Erkenntnisses mit ihren *Folgen* ist das *Object* der Nichtigkeits-Klage, und von dem *Resultat* des *über diese*

 ent-

379) Z. B. dieser hat durch bestochene Zeugen, oder verfälschte Urkunden, den Sieg sich zuverschaffen gewusst. Zwar will Allmendingen, in der Metaphysik des Civil-Proc. B. I. Heft I. Abh. X. pag. 288., in Bezug auf L. 33. Dig. de re judicata, 42. 1. in jenen Fällen nur eine *restit. in integr.* zulassen; allein eines Theils kann dieses Gesetz mit dem Princip verwandt seyn, „dass negotia stricti juris an sich betrachtet durch den dolus nicht ungültig werden," welches jedoch, da wir jene Geschäfts-Arten nicht mehr kennen, auch auf den teutschen Process nicht anwendbar seyn dürfte, und andern Theils sprechen neuere Gesetze klar genug für die *unheilbare Nullität* eines *auf falsche Beweismittel gegründeten* richterlichen Ausspruchs. L. 2. 3. u. 4. Cod. *si ex falsis instrumentis* rel. 7. 58. Gönner, a. a. O. Thl. III. Abh. LXIV. §. 33. Auch ist ja die von einem bestochenen Richter ertheilte Sentenz *unheilbar nichtig*. L. 7. Cod. *quamdo prov. non est necesse*. 7. 64.

entstehenden Processes und über ihren factischen Grund geführten Beweisses hängt auch ab die Entscheidung wegen der *in diesem* Rechtsstreit von beyden Theilen aufgewendeten Unkosten, je nachdem nemlich die Nullität *voll*; oder nur *bedingt*, oder *gar nicht*, erwiesen wird. Auch *andere* Compensations Gründe, als gesetzliche Eyde, sind hier nicht ausgeschlossen [380].

Die Unkosten des *vorigen* Processes, insoweit dieser für nichtig erkannt wird, *gehören mit zu dem Object der Nichtigkeits-Klage*, so daß auch der *bedingt besiegte* Querulate verurtheilt werden kann; *selbige* dem siegenden Querulanten zu erstatten, während die Unkosten des *Nullitäts-Processes* nach *dessen* Resultat vielleicht compensirt werden. Sollte aber 2) die Handlung eines *Dritten* [381]) die Nichtigkeit veranlaßt haben, so soll, nach der gewöhnlichen Meinung, *jener Dritte* in die Unkosten, sowohl des *jetzigen* als des *vorigen* Processes, verurtheilt wer-

380) Es kommen auch hier die §. bb. aufgezählten Compensations-Gründe zur Anwendung.

381) Z. B. des Richters, Anwalts, u. dergl.

werden [382]). Allein, daſs derſelbe an ſich betrachtet zu dem Erſatz dieſer Unkoſten, im Gefolge einer unerlaubten poſitiven oder negativen Handlung, verbunden iſt, begründet es noch nicht, ihn, jenen Dritten, *in dem jetzigen Rechtsſtreit zwiſchen dem Querulanten und Querulaten*, wo er *als Parthey nicht mitverhandelt*, dortzu für ſchuldig zu erkennen. Es würde vielmehr der *Mangel legalen Gehörs* jenes Schuldigen eine neue Nichtigkeit zur Folge haben. Zunächſt bleibt es alſo auch in dieſem zweyten Falle bey den vorhin für den erſten Fall geltenden allgemeinen Principien, jedoch mit der Erweiterung, daſs wenn der beſiegte Querulat [383]) in der Proceſsführung

[382]) Emmrich, a. a. O. §. 62. nr. 2. Schmidt, gen. Phiseldeck, a. a. O. §. 26.

[383]) Wird eine unheilbare Nullität weder von dem Richter bemerkt, noch von einer Parthey gerügt, ſo daſs, derſelben Vorhandenſeyn ungeachtet, der Proceſs bis dahin voranſchreitet, wo ſich endlich ergiebt, daſs jene Nullität die Erreichung des Zwecks des Rechtsſtreits verhindert, und nunmehr das *Richteramt* die ſeitherigen Verhandlungen für nichtig erkennen muſs, z. B. Hommel, obſ. III. u. 420. Leyser, ſpec.

rung über die Nichtigkeitsklage keiner Calumnie, oder groben Culpa, ſich ſchuldig macht, *ſchon aus dem Grund*, weil nicht *ſeine* Handlung den Rechtsſtreit veranlaſste, die Unkoſten unter *dieſen* Partheyen zu vergleichen ſind, dabey aber ſowohl dem Beſiegten, als dem Sieger, *offen bleibt* [384]), den die Nichtigkeit ſchuldlich producirenden Dritten auf Entſchädigung zu belangen [385]).

§. ee.

ſpec. 137. med. 3. PUFENDORF, in obſ. jur. univ. T. II. obſ. 109. et 119. KIND, in qu. for. T. IV. Cap. LXIX. ed. 1., ſo ſind die Unkoſten *von dem Act an, wo auf Nullität der ſeitherigen Verhandlungen hätte erkannt*, z. B. die *inepte* Klage verworfen *werden ſollen*, der Regel nach, wegen Concurrenz einer gegenſeitigen, reſp. durch negative Thätigkeit begründeten, Schuld der Partheyen, zu compenſiren. Den mitſchuldigen Richter ſollte man zu der Reſtitution der Gerichtsgebühren verurtheilen.

[384]) Die Befugnis zu dieſem Regreſs *kann* in dem Erkenntnis *ausdrücklich vorbehalten werden*.

[385]) Liegt die Schuld an dem Gericht, ſo kann die Entrichtung der unbezahlt gebliebenen Gerichtsſporteln zum Zweck einer Compenſation verweigert werden. RIVIN, in enunc. jur. Tit. XXXVI. en. 17., welches jedoch die *Rückforderung* der gezahlten u. ſ. w. nicht ausſchlieſst.

§. ee.

In einigen Fällen wendet ſich die Regel, „daſs der Beſiegte dem Sieger die Unkoſten des Proceſſes zu erſtatten habe," *gerade um*, ſo daſs ſelbige dem *Sieger allein* zur Laſt fallen. Nemlich:

1) daferne der Kläger nach erhobener Klage deren Fortſetzung, einer peremtoriſchen Ladung ungeachtet, ungehorſam unterläſst, der Beklagte hingegen auf eine Entbindung von der Inſtanz nicht antragen, ſondern, damit die Sache *definitiv* entſchieden werde, auf die Klage ſich einlaſſen und die Sache zu jener Hauptſentenz einſeitig inſtruiren will, ſo ſoll der ungehorſame Kläger *ſelbſt dann* ſämmtliche Koſten des Proceſſes *allein* übernehmen, wann das Endurtheil *zu ſeinem Vortheil* ausfiele [386]).

2)

[386]) So erlaubt und will es das Römiſche und Canoniſche Recht. L. 73. §. 1. et 2. Dig. de judiciis. 5. 1. L. 13. §. 2. Cod. ej. tit. 3. 1. Nov. 112. Cap. 3. X. de dolo et contum. 2. 14. Cap. 1. in 6to ejusd. tit. 2. 6. Abgerechnet die Zeitbeſtimmung der *Dauer des Proceſſes* ſind jene Geſetze auch in dem heutigen Proceſs anwendbar. *Cam. Ger. Ord.* v. J. 1555. P. III. Tit. 42. Conc. Cam. Ger. Ord. v. J. 1613. Thl. III.

2) daferne der zur Antwort auf die Klage peremtorisch befehligte Beklagte die Einlassung ungehorsam unterläſst und daher diese als *verneinend fingirt wird* [387]; der Kläger aber, wie ihm nachgelassen ist, den Proceſs *einseitig* fortsetzt und zu einem *Enderkenntnis* instruirt, dieses jedoch *zu Gunsten des ferner ungehorsamen Beklagten ausfällt*, so soll *dieser*, obgleich *von der Klage entbunden*, die Proceſskosten *allein* tragen [388].

In

III. Tit. 51. u. Reichs-Absch. v. J. 1614. §. 44. Martin, §. 154; obgleich der in jenes Verhältnis geführte Beklagte kürzer und mit weniger Beschwerlichkeit zu seinem Zweck gelangen kann, wann er von den durch die teutsche Praxis in Uebung gebrachten *Provocationen* (Martin §. 95. u. 244.) Gebrauch macht, und den Kläger gerichtlich auffordern läſst: „die Klage binnen einer peremtorischen Frist, bey Vermeidung des Verlustes seines Klagrechts, fortzusetzen." Weber, a. a. O. §. 3. *c.* pag. 25. Die neuern Sächs. Proceſs-Ordnungen schreiben *dieses* ausdrücklich vor.

387) Martin §. 150.

388) *Cam. Ger. Ord.* v. J. 1555. Thl. III. Tit. 48. §. 4. *Conc. Cam. Ger. Ord.* v. J. 1613 Thl. III. Tit. §. 4. Das in diesen Gesetzen §. 1. und d. f. gestattete Anrufen auf die Acht, oder um

Im-

In diesen beyden Fällen ist des *Siegers* Bezahlung sämmtlicher Processkosten allerdings als eine *Strafe* zu betrachten [389]) —

3)

Immission in die Güther des ungehorsamen Beklagten, ist in neuern Reichsgesetzen aufgehoben. Reichs-Absch. v. J. 1654. §. 36. In den Ländern, wo, wie nach den Sächs. Process-Ordnungen, der auf die Klage, nach einer peremtorischen Ladung, die Einlassung ungehorsam unterlassende Beklagte derselben für geständig und überführt geachtet, und in Gefolge dessen, ist die Klage gehörig begründet, definitiv verurtheilt wird, fällt alles obige hinweg, und der besiegte Beklagte wird auch in sämmtliche Unkosten des Processes verurtheilt. Oelze, in der Anleitung zu der gerichtlichen Praxis §. 167. Hommel, in der Anleit. Gerichtsacten zu referiren. §. 45. Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. I. Sect. I. Mbr. II, Cap. I. §. 8. Leyser, in Medit. ad Pand. spec. 33. med. 7.

389) Weber a. a. O. §. 3. c. pag. 26. ist auch hier anderer Meinung, und glaubt, *auch diese* Unkosten fielen unter den Begriff derjenigen, welche auf versäumte Termine u. dergl. aufgewendet worden seyen. Allein bey diesen liegt der Grund zu der Erstattungs-Verbindlichkeit, insoweit der Ungehorsam die gänzliche Beendigung des Processes nicht zur Folge hat, vorzüglich *darinnen,* weil die durch den Ungehorsam verhinderte Handlung doch noch vollzogen wer-

3) in den §. aa. *g. d. E* und §. dd. nr. 2. erwähnten Restitutions-Fällen [390]). Ueberhaupt, so oft der in der Hauptsache siegende Theil in einzelnen Abschnitten und Handlungen des Processes als temere litigans erscheint, selbige durch seine Schuld u. s. w. nutzlos veranlaſst, fallen ihm die *hierdurch* entstehenden Unkosten ausschlieſslich zur Last [391]) —

4) in den Fällen, wo in der Instanz des ausserordentlichen Rechtsmittels der Restitution, §. dd. nr. 3., oder auf erhobene Appellation, das angefochtene Erkenntnis *blos im Gefolge solcher novorum* abgeändert wird, welche der Implorant oder

werden muſs, und also jener einen ganz nutzlosen Aufwand veranlaſste; dahingegen in den obigen beyden Fällen der Proceſs voranschreitet, bis zu dem Ziel, wohin er auch dann gedeihen sollen, wann der Gegner nicht ungehorsam gewesen wäre. Die wiederholten Worte des Röm. Gesetzes: et haec quidem *poena* actori fiat *imposita*. L. 13. §. 2. in fine Cod. de judiciis. 3. 1. zeigen daher gewiſs auf mehr als Schadensersatz hin. M. s. a. Glück, in der Erl. der Pand. nach Hellfeld. §. 255.

390) Aus den in dem §. aa. pag. 301. angegebenen Gründen.

391) Weber, a. a. O. §. 14. pag. 147. nr. II.

oder Appellant *vorher schon kannte*, jedoch, nach dem von ihm geleisteten Gefährde-Eyd [392]), früher vorzubringen *nicht für sachdienlich hielte* [393]) —

5) auch die Abstattung und Erstattung sämmtlicher Unkosten der *Hauptsache* können der *in dieser siegenden* Parthey zuerkannt werden, im Fall der Anspruch an diese zwar für nicht statthaft befunden wird, jedoch sich ergiebt, dass ein dolus, oder die Culpa derselben, den Gegner veranlasste, richterliche Hülfe zu suchen [394]), ohne dass *diesem* Theil die

[392]) Auch der von dem beneficio nondum deducta deducendi et nondum probata probandi Gebrauch machen wollende Appellant schwört, wie der Querulante, einen Gefährde-Eyd dahin: „dass er von jenen novis in erster Instanz keine Wissenschaft gehabt, oder dieselben damalen einzubringeu nicht vermocht, *oder für undienlich und unnöthig geachtet habe*, nunmehr aber dafür halte." Reichs-Absch. v. 1654. §. 118. Cap. 4. in 6to de elect. I. 6. Gönner, in dem Handbuch u. s. w. Thl. III. Abh. LX. §. 11. u. d. f.

[393]) Die Gründe sind in dem §. dd. nr. 3. lit. a. enthalten.

[394]) Beyspiele hievon geben Oelze, a. a. O. §. 289. nr. 1. u. 2. Leyser, l. c. spec. 89. med. 2.

die Schuld eines *leichtfertigen Vorschritts* zu dem Procefs beygemessen werden könnte [395]).

6) Wurden die auf das Verfahren über den jüngsten Besitz verwendeten Unkosten *ausgesetzt*, und die in dem jüngsten Besitz geschützte, insoferne *siegende*, Parthey verliehrt in dem possessorio ordinario oder petitorio dergestalt, dafs sie auch in sämmtliche Procefskosten verurtheilt wird, §. cc. nr. 18., so erstattet selbige auch diejenigen *des* Verfahrens, in welchem sie den Sieg erhielte [396]).

Der

2. 3. 4. 5. 8. 9. 10. 13.. Brokes, in sel. obs. for. obs. 598.

395) Diese von Webern, a. a. O. §. 14. pag. 149. erwähnte Beschränkung ist bey den in der vorigen Note bezogenen Beyspielen vorzüglich zu berücksichtigen. Konnte der Besiegte aus den Rechten voraussehen, dafs, seines Gegners Schuld ungeachtet, die wider solchen angestellte Klage nicht Statt finde, so ist kein Grund vorhanden, von der allgemeinen Regel abzuweichen. Er ist ein *temerarius litigator.* Im Fall eines Zweifels aber kann wenigstens Kosten-Compensation durch *gegenseitige* Schuld sich begründen.

396) Leyser, spec. 499. med. 10. seq.

Der Fall, wann Beklagter gleich im Anfange des Processes einen Theil der Forderung einräumt und zu dessen Zahlung sich erbietet, den *übrigen* Theil aber verneint, der Kläger jedoch, mit jenem Zugeständnis und Anerbieten *nicht zufrieden*, auf der *ganzen* Forderung bestehet, und *mehr* [397]), als ihm dort eingeräumt wurde, *zu erweissen nicht vermag*, so daſs er nur *jenes Zugestandene* zugesprochen erhält, gehört nicht *hierher* [398]). Denn in Rücksicht *auf die behauptete und nicht erwiessene Mehrforderung* ist der Kläger *nicht Sieger*, sondern *der besiegte Theil*, und er muſs also wenigstens von *dem Interlocut an*, welches ihm den Beweis auflegte, die Unkosten *deshalb* allein übernehmen, weil er diesen angemasten Beweis zu führen nicht vermochte, und also *insoferne sachfällig* wird. Die *vor* jenem Interlocut entstandenen Unkosten fallen unter die allgemeine Regel, und werden gewöhnlich compensirt, da jenes Ver-

[397]) Oelze, a. a. O. §. 289 nr. 3. Leyser, l. c. spec. 89. med. 11. u. a. ziehen diesen Fall irrig unter die Ausnahmen, in welchen der *Sieger* die Unkosten erstatten müsse.

[398]) Bewiesse er zwar *mehr*, jedoch nicht die *ganze* geklagte Summe, so würde die §. bb. lit. A, nr. II. pag. 314. aufgestellte Regel eingreifen.

Verfahren *zugleich die ſchuldige und nicht ſchuldige Summe* zum Gegenſtand hatte. Ergäbe ſich jedoch aus den Acten, daſs der Beklagte auch *vor erhobener Klage* ſich bereit erklärte, die in der Einlaſſung auf ſolche einbekannte Summe gutwillig zu bezahlen, und daſs er in den Proceſs *blos deshalb* einſchritte, weil der Kläger auf jener gröſsern Summe beſtande, ſo müſſen dem letztern *auch die Unkoſten der erſten Inſtanz ausſchlieſslich* zur Laſt fallen [399]).

Noch weniger läſst der Fall unter obige Regel ſich ziehen, wann der Beklagte *im Gefolge einer im Laufe des Proceſſes vollzogenen*, nicht von einem Vergleich ausgehenden, *Befriedigung des Klägers* von der Klage entbunden wird [400]). Denn *dieſe* Entbindung, wenn dieſe Benennung nicht an ſich ſchon *unſchicklich*

[399]) Hier hat es eher den Anſchein, als werde der *Sieger* in die Unkoſten verurtheilt. Allein im Grunde ſiegt der Kläger nicht auf dem *Wege des Proceſſes* — *dieſer* wird vielmehr *für unſtatthaft* erkannt — der Beklagte zahlt nur *im Gefolge ſeines frühern Darbietens.*

[400]) Auch dieſen Fall ziehet u. a. Oelze, §. 289. nr. 4. und Leyser, ſp. 89. med. 11. unter die Ausnahmen, „der *Sieger* trage die Unkoſten."

lich wäre [401]), iſt keine Folge *des Nichtvorhandenſeyns jener Verbindlichkeit*, welche der Klage zum Grund gelegt wurde, ſondern der geſtändige und zahlende Beklagte erſcheint als der *beſiegte Theil*, und wird in *dieſer* Qualität auch in die Unkoſten des bis zur Zahlung geführten Proceſſes deshalb verurtheilt, weil er dem gleich ſtehet, welcher den Rechtsſtreit fallen läſst [402]). Denn dieſes muſs der Regel nach Verurtheilung in ſämmtliche Unkoſten nach ſich ziehen [403]), und es kann eine Ausnahme hiervon *nur dann* eintreten, wann, nach dem Inhalt der Acten, die dortzu ſich entſchlieſsende Parthey ſelbſt als *beſiegter* Theil, *wegen der Beſchaffenheit der dem Proceſs zum Grund liegenden Thatſachen* [404]), An-

[401]) Justinian bedient ſich freylich dieſes Ausdrucks, §. 2. Inſt. de perpetuis et tempor. act. 4. 12., jedoch nur im *allgemeinen* Sinn.

[402]) Weber, a. a. O. §. 14 pag. 148. u. d. f.

[403]) Der verzichtende Theil gebe nun die verſuchte Rechtsverfolgung *gänzlich* auf, §. aa. Note 224., Gmelin und Elsaesser, in den gem. Beob. und Rechtsf. B III. nr. XV. pag. 225. u. d. f., oder bezwecke eine *verbeſſerte Erneuerung* des aufgegebenen Proceſſes. §. aa. Not. 225. Weber, a. a. O. §. 3. c. pag. 29. nr. 5.

[404]) Man vergl. die Note 224. zu dem §. aa. pag. 305.

Anspruch auf Kosten - Compensation haben würde.

§. ff.

Als allgemeine Bemerkungen verdienen noch Erwähnung:

1) Eben daraus, dass die Erstattung der Unkosten als *Schadens-Ersatz* zu betrachten ist, folgt die Unrichtigkeit des Princips: „der Richter *könne* und *müsse* denjenigen Theil, welchen er zu jener Erstattung für schuldig befinde, *schon von Amtswegen* in die Unkosten verurtheilen.

305. Auf *diesen* Fall ist auch *zu beschränken* Mevius, in Decis. P. VII decis. 67. Insonderheit läſst sich nicht behaupten, dass im Fall eine Parthey einer Rechtscontroverse wegen den Rechtsstreit freywillig, ohne das richterliche Erkenntnis zu erwarten, aufgebe, die Kosten zu vergleichen wären, weil der Richter auch den Besiegten in selbige nicht verurtheilen könne. Dass das Recht ungewiss, das Gesetz dunkel sey, und mehrfach erklärt werde, konnte und sollte die Parthey zum Voraus wissen; und es hat also die Natur einer *vexa*, wenn sie dennoch *in den Process eingehet* und *nachher* diesen fallen lässt. Geschiehet jedoch letzteres *unmittelbar nach dem Versuch der Güte*, so ist die Vergleichung der Unkosten für rechtlich zu erachten.

len [405]). Die Gesetze stellen als allgemeine Regel auf: „*ultra id, quod in judicium deductum est, excedere judicis potestas non potest* [406]); und dass dieses, wenigstens nach teutschen Processrechten, auch auf Accessionen und andere Nebenforderungen zu erstrecken sey, folgt schon aus dem allgemeinen Princip: dass der Process von einer freywilligen Disposition über eigenes Vermögen ausgehet, der Richter also weder überhaupt, noch in Hinsicht auf einzelne Punkte, eine Parthey zum Klagen nöthigen, oder ihr einen Vortheil aufdringen kann.

Hier-

405) Weber, a. a. O. §. 14. pag. 150. nr. IV. Leyser, spec. 88. med. 7. Lauterbach, in diss. de expensis, th. 39. seq. Reinharth, l. c. §. 39. seq.

406) L. 18. Dig. communi dividundo. 10. 3. Wenn man den entgegen zu stehen scheinenden §. 34. Inst. *de actionibus* 4. 6. vergleicht mit dem §. 35. *huj. tit.*, L. 3. Cod. *de edendo.* 2. 1. und L. 4. §. 4. Dig. *de noxa. action.* 9. 4., so ergiebt sich, dass jenes erste Gesetz nur von einer solchen *Verbesserung* oder *Veränderung* der Klage spricht, welche wenigstens vor deren rechtskräftigen Entscheidung erfolgt. Vergl. Glück, a. a. O. Thl. VI. §. 504. nr. 207.

Hiervon machen diejenigen Römischen Gesetze, welche das Princip enthalten: die bey dem Empfang des schuldigen Hauptobjects nicht in Anschlag gebrachten, oder von dem Richter in dem rechtskräftigen Erkenntnis übergangenen, *aus einem besondern Nebenvertrag nicht hervorgehenden* [407]), Beyforderungen könnten nachher nicht eingeklagt, *wohl aber in dem Processs von dem Richter ex officio zuerkannt* werden [408]), eben so wenig eine Ausnahme, als der gesetzliche Befehl an den Richter, über den Kostenpunkt ausdrücklich abzusprechen [409]). Vielmehr *unterstellt* beydes gewiss, „dass die Unkosten u. dergl. in dem Anfang des Processes *gefordert waren*, und gefordert werden *mussten*. Auch eine andere ent-

407) Die L. 1. Cod. de judiciis. 3. 1. ist auch auf vertragsmäsig zugesicherte Processkosten anwendbar. Wernher, in sel. obs. for. P. I. obs. 337. Reinharth, l. c. §. 20.

408) L. 49. §. 1. Dig. de act. emt. vend. 19. 1. L. 54. pr. Dig. loc. cond. 19. 2. L. 13. u. 26. pr. Cod. de usuris. 4. 32. L. 4. Cod. depositi. 4. 34. L. 3. Cod. de fruct. et lit. exp. 7. 51.

409) L. 13 §. 6. Cod. de judiciis. 3. 1. L. 4. Cod. de fruct. et lit. exp. 7. 51. Nov. 82. Cap. 10.

entgegen gesetzte Stelle [410]) hat *denselben* Grund, siehet vorzüglich hin auf die dem *judici pedaneo* gegebene Instruction [411]), und die Worte: *judici enim, statim atque judex factus est, omnium rerum officium incumbit, quaecunque in judicio versantur,* rel., sprechen klar genug aus, dass des Richters Aufmerksamkeit *nur auf die in der Instructions-Formel generell* oder *speciell enthaltenen Streitpunkte* sich richten solle [412]).

[410]) L. 25. §. 8. Dig. de aedilitio edicto 21. 1.

[411]) Diese bestande in einer vom Prätor ausgesprochenen kurzen Formel, z. B. *Si paret, dari oportere, condemna!* und nun lage es in dem *officio judicis*, scil. *pedanei*, auf die Klage und Litiscontestation zurückzugehen und seine Thätigkeit auf die *in selbiger enthaltene* Haupt- und Nebenpunkte zu erstrecken.

[412]) Daher sprechen auch die Gesetze: *ea autem, quae ante judicium contingunt, non valde ad judicem pertinent, nisi fuerint ei nominatim injuncta,* L. all. 25. §. 8. Dig. 21. 1. und in einer andern Stelle: *non potest videri in judicium venisse id, quod post judicium acceptum accidisset; ideoque alia interpellatione opus est.* L. 23. Dig. de judiciis. 5. 1. Doch soll

2) Die Regel: daſs im Fall der Richter in dem *Endurtheil* über einen verhandelten Streitpunkt des Koſtenpunkts *nicht erwähnt*, ſolches als *Compenſation* zu deuten iſt, und nach eingetretener Rechtskraft dortfür gilt [413]), läſst ſich auf *Interlo-*

ſoll das Reichs-Cammergericht *von Amtswegen* über den Koſtenpunkt erkannt haben, HOMMEL, in der Anleitung aus Acten zu referiren. §. 41. und manche Sächſ. Proceſs-Ordnungen überlaſſen es *dem Ermeſſen des Richters*: „ob auf die Unkoſten zu erkennen ſey, oder nicht.“

[413]) L. 3. Cod. de fruct. et lit. expenſ. 7. 51. Es kommt dieſes Geſetz auch dann zur Anwendung, wann in dem Erkenntnis über das Verfahren eines eingewendeten Rechtsmittels, z. B. Appellation u. dergl., der Koſtenpunkt mit Stillſchweigen übergangen wird, geſetzt auch, der *hier* beſiegte Theil wäre in der vorigen Inſtanz in die Koſten verurtheilt worden. WERNHER, in ſel. obſ. for. P. I. Obſ. 337. et in ſuppl. ad h. obſ. RIVIN, in Enun. jur. Tit. XXXVI. en. 13. Doch verſtehet ſich von ſelbſt, daſs durch des *beſtätigenden* Erkenntniſſes Stillſchweigen über den Koſtenpunkt der *vorigen* Inſtanz *deſſen* in der Sententia a qua enthaltene Entſcheidung keine Abänderung erleidet. CRAMER, in obſ. jur. un. T. IV. obſ. 1012. Die ſtillſchweigende Compenſation iſt auch dann anzunehmen, wenn nach einem Verfahren über einen

terlocute und *proviſoriſche* Verfügungen nicht ausdehnen. Sind in *dieſen* die Unkoſten unerwähnt geblieben, ſo iſt das Erkenntnis über ſolche blos *ausgeſetzt*[414]).

3) Den zu erſtattenden nothwendigen Proceſskoſten (§. b. und §. q. pag. 241.) iſt auch das Honorarium eines Advocaten beyzuzählen, welcher in *eigener* Sache ſeine Rechtsnothdurft *ſelbſt beſorgt*, und den Gegner dergeſtalt beſiegt, daſs ſolcher auch in die Erſtattung ſämmtlicher Unkoſten verurtheilt wird. Es iſt hierbey *gleichviel*, der Proceſs ſey *geringfügig*

einen Anruf, z. B. Klage, dieſer, ohne Erwähnung des Koſtenpunkts, rechtskräftig als inept verworfen wurde. Denn ein ſolches Erkenntnis ſpricht über die *verhandelte Inſtanz* definitiv ab, und die L. all. 3. ſpricht allgemein. Berger, in ſuppl. ad elect. diſc. for. P. III. Tit. XXXVI. Obſ. 2. Dahingegen pflegt man anzunehmen, daſs im Fall ein rejectoriſches Decret, d. h. wo der Anruf ſofort, ohne erſt den Gegner zu hören, als unſtatthaft verworfen wird, der Unkoſten nicht gedenkt, dieſe dennoch dem Suchenden, z. B. Appellanten, Leuteranten u. dergl., allein zur Laſt fallen. Hommel, in Rhaps. qu. for. Obſ. 587.

[414]) M. ſ. §. e. Not. 34. pag. 198. u. d. f.

gig oder *von Erheblichkeit* gewesen, der siegende Advocate sey durch die Arbeiten in jenem Rechtsstreit von anderm Verdienst abgehalten worden, oder nicht, er habe den Procefs allein, oder neben und für Streitgenossen geführt. Die Deserviten jenes Siegers sind also nicht unter dem Nahmen eines *Interesse* zu fordern und in *dieser* Qualität *besonders zu bescheinigen* [415]), sondern nach der *Taxordnung*, oder nach dem im Lande oder Gerichte *gewöhnlichen* Maasstab in Ansatz zu bringen, und nach dieser Regel von dem Richter zu ermäßigen [416]). Der Beweis der *Unmöglichkeit*, „jene Arbeiten neben andern Verdienstgeschäften herstellen

[415]) So wollen es manche, und geben ihm den, nicht ganz redlichen, Rath, seine Arbeiten von einem andern Advocaten unterschreiben zu lassen. Gail, in Obs. pract. Lib. I. Obs. 151. nr. 16. Carpzov, in jurispr. for. P. 1. Const. XXXI. decis. 12. seq. Berlich, in Concl. P. I. Concl. 72. nr. 51. Wernher, in sel. obs. for. P. VI. Obs. 279. Berger, in Oec. for. Lib. IV. Tit. VIII. Th. III. not. 6.

[416]) Die hierdurch hergestellte *Liquidität* begründet ein *executivisches*, trübe Ausflüchte ausschliesendes, Verfahren gegen den Schuldner. Hommel, in Rhaps. qu. for. Obs. 895.

len zu können," ist so schwierig, daſs er fast nie sich führen läſst; und so unbillig es wäre, dem Advocaten anzusinnen, jene Unmöglichkeit eydlich zu erhärten, so ungerecht ist es, ihn für verbindlich zu achten, die von seinem Gegner ihm leichtfertig, oder aus Chikane, abgenöthigte Anstrengung und Zeitversplitterung unentgeldlich sich gefallen zu lassen, und dem streitlustigen Gegner wenigstens die Ruhe frohnend aufzuopfern [417]).

4) Die besiegte und zu der Erstattung der Proceſskosten verurtheilte Parthey ist *erst dann* zu derselben Zahlung an den siegenden Gegner verbunden, wann dieser die einzelnen Posten jenes Aufwandes mit Bezug auf die Acten *verzeichnet*, — *liquidirt* — die Liquidation dem Richter der streit-

[417]) M. s. Voetius, in com. in Pand. Lib. III. Tit. I. §. 7. Struben, in den rechtl. Bed. Thl. II. Bed. 31. Quistorp, in den Beyträgen u. s. w. nr. VI. pag. 74. ed. 2. J. G. Koch, in diss. de advocatis eorumque salario in propria causa. Erford. 1727. Weber, a. a. O. §. 14. not. 14. pag. 150. und Engau, in Decis. P. I. dec. 229. und die bey Weber l. c. alleg. Rechtsgelehrten.

streithängigen Sache überreicht, und letzter die Ansätze *ermäßiget* — *moderirt* — oder für *ohne Abgang statthaft* — *passirlich* — erklärt hat [418]). Doch ist das in den Römischen Gesetzen [419]) verordnete *juramentum expensarum* vorzüglich in Hinsicht auf *solchen* nothwendigen Aufwand, welcher aus den Acten sich nicht nachweisen und ermessen, wohl aber als geschehen nach der Natur des Processganges sich voraussetzen läßt, keinesweges *ausgeschlossen* [420]).

5) Ist der Antrag einer Parthey als *inept* verworfen und dieselbe, „dem Gegner die veranlaßten Processkosten zu erstatten," rechtskräftig verurtheilt worden, oder geschahe dieses im Gefolge eines verschuldeten

[418]) C. G. O. v. J. 1555. Thl. III. Tit. 50. C. C. G. O. v. J. 1613. Thl. III. Tit. 59. Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. I. Sect. I. Mbr. IV. Cap III. §. 14. Oelze, a. a. O. §. 290. Carpzov, in proc. Lib. XXIV. Tit. III. §. 1. seq.

[419]) L. 13. §. 6. Cod. de judiciis. 3. 1. Nov. 82. Cap. 10.

[420]) Auch die in der Note 418. angezogenen Reichsgesetze erwähnen des juramenti expensarum. Conf. Lauterbach, in diss. de expensis victoriae. §. 35. seq.

deten *Ungehorſams*, oder einer andern vergeblichen Zwiſchen-Handlung [421]), ſo iſt jener Gegner zu verlangen befugt, daſs ihm, bevor er auf den verbeſſerten Vortrag ſich einlaſſe, oder in der Hauptſache mit voranſchreite, jener Aufwand vorerſt erſtattet werde [422]). Daher die Ein-

[421]) Mit Inbegriff der als leichtfertige Verzögerung des Proceſſes erkannten Rechtsmittel. §. d. nr. 1. u. 2 pag. 193. u. d. f. und §. aa. und Not. 225. u. 226. pag. 306. u. d. f.

[422]) „Sancimus, omnes judices — ſi quando abſens perſona citata poſtea apparuerit, non aliter ei judicialem aditum relevare, ſed omnem claudere ei judiciorum copiam, niſi prius *omnia damna* reſtituat ex hujusmodi *vitio* adverſariis ejus inflicta, ſive circa ingreſſus litis, ſive circa honoraria advocatorum, vel alias cauſas, quae in judicio verſantur“ rel. L. 15. Cod. de judiciis. 3. 1. Es ſcheint zwar dieſes Geſetz nur von *Contumacial*-Koſten zu ſprechen; allein im Gefolge der Allgemeinheit ſeines Grundes iſt es auf jedem auch durch eine *andere* Schuld des Gegners (ex hujusmodi vitio) veranlaſsten Koſtenaufwand (welcher hier ausdrücklich ein *damnum* genannt wird) anwendbar. Grundlos hingegen iſt die von manchen, Carpzov, in Reſp. Lib. III. Tit. III. reſp. XXX. nr. 22. ſeq. Berger, in Oec. jur. Lib. IV. Tit. XXII. Th. III. not. 7. et in Deciſ. dec. 423. Ri-

Einrede: „*der noch nicht erstatteten Proceſskosten*[423]).

Auch kann die ungehorsame Nichtentrichtung schuldiger Proceſskosten *den Verlust der ganzen Sache* dergestalt nach sich ziehen, daſs, von dem Fall der *Armuth*[424]) oder der Schuld einer Nebenperson[425]), oder einem andern auſserhalb dem Proceſs liegenden allgemeinem Restitutions-Grund[426]) abgesehen, der Säumige nicht einmal in den vorigen Rechtsstand wieder eingesetzt wird[427]).

7) Die

Rivin, in spec. except. for. Cap. XXI. nr. 2. geschehene Ausdehnung jenes Gesetzes auf die rückständigen Kosten eines *andern* Rechtsstreits. Die in der L. 15. all. enthaltenen Worte: *vel alias* causas, beziehen sich auf Gegenstände des *nemlichen* Rechtsstreits, in welchem der Ungehorsam verschuldet wurde.

423) Exceptio *refusionis expensarum.* Rivin, l. c. nr. 1. Nicolai, in proc. Cap. XIX. Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. I. Sect. I. Mbr. II. Cap. I. §. 3. not. ***.

424) §. h. dies. Abh. Not. 53. pag. 206. u. d. f.

425) Martin, §. 80.

426) L. 26. Dig. ex quib. caus. major. 4. 6.

427) Schaumburg, l. c. Leyser, spec. 83. med. 1. et 2.

7) Die Vorschrift des Römischen Rechts: es solle der Richter, welcher dem Sieger die Unkosten nicht zuspreche — *nicht ausdrücklich darüber erkenne* — jenem für den Ersatz *selbst haften* [428]), setzt voraus, daſs a) von dem Sieger um die Erstattung der Unkosten ausdrücklich implorirt, und b) von dem Richter hierunter eine *solche* Schuld begangen worden sey, in Bezug auf welche von ihm sich sagen läſst: *litem suam fecit* [429]).

8) Eine schwierige, von den Rechtsgelehrten

[428]) L. 13. §. 6. und L. 15. Cod. de judiciis. 3. 1.

[429]) Ohne diese Voraussetzung siehet man sich, da es doch Ausnahmen giebt, in welchen dem Sieger der Kostenersatz nicht zugesprochen wird, §. 8. nr. II. pag. 248., und da ein den Kostenpunkt *übergehendes* Erkenntnis der Rechtskraft fähig ist, L. 3. Cod. de fruct. et lit. expens., mit andern Gesetzen, z. B. L. 32. Dig. de re judicata. 42. 1. L. 1. §. 2. Dig. quae sent. sine appell. 49. 8. L. 2. Cod. quando prov. non est necesse. 7. 64., in einem nicht wohl erklärbaren Widerspruch. Es sind auch die Meinungen *darüber* getheilt: ob die Vorschrift der L. 13. §. 6. all. in den teutschen Gerichtshöfen *anwendbar* sey, und *wie*? m. s. Carpzov, in jurispr. for. P. I. Const. XXXI. def. 21. in fine. Barth, in Hodog. for. Cap. I. §. 4. not. f.

ten unſers Zeitalters nicht berührte, Frage ſcheint es: ob die zu der Erſtattung der Unkoſten verurtheilte Parthey für-pflichtig erachtet werden könne, dem Sieger, auſser den §. b. pag. 189 erwähnten *nothwendigen* Koſtenaufwand, auch noch diejenigen Schäden zu vergüten, welche aus dem Verſäumnis und andern, durch die Betreibung des Rechtsſtreits veranlaſsten, Ereigniſſen hervorgehen [430]. Aus den §. b. not. 9. u. 11. angezogenen Geſetzen läſst eine feſte Entſcheidung jener Frage ſich nicht entnehmen, und auch andere des juramenti expenſarum erwähnende Geſetze [431]) gedenken *ſchlechthin* der *ſumtus litis*; daher die ältern Rechtsgelehrten des Beſiegten Erſtattungspflicht auf derſelben *engen* Begriff beſchränken, jedoch das richterliche Ermeſſen in ſolchen Fällen nicht ausſchlieſsen, wo, nach dem *perſönlichen Ver-*

[430]) Z. B. die am Ende ſiegende Parthey muſste während des perſönlichen Erſcheinens vor Gerichts ihr Verdienſtgewerb ruhen laſſen, wurde auf der Reiſe an den Gerichtsort beraubt, u. dergl.

[431]) L. 13. §. 6. Cod. de judiciis. 3. 1. Nov. 82. Cap. 10.

Verhältnis des Siegers, deſſen Nebeneinbuſs als damnum emergens ſich anſehen laſſe, u. dergl. [432]).

Es entſpricht aber ſowohl *ſpeciellen* als *allgemeinen* Geſetzen, die als *temerarium* litigatorem beſiegte Parthey auch zu dem *geforderten* Erſatz *jedes*, dem Sieger durch den ungerechten Proceſs wirklich zugezogenen, *poſitiven* Schadens für zwangspflichtig zu achten. Denn das Geſetz ſpricht allgemein: *ut improbus* [433]) *litigator damnum et impenſas litis inferre adverſario ſuo cogatur* [434]); nach einer zweyten Stelle [435]) ſollen dieſem *viatica litisque ſumtus* erſtattet werden, und ein drittes Geſetz [436]) umfaſst in den

[432]) M. ſ. Lauterbach, in diſſ. de expenſis victoriae §. 53. et ibi all. Hilliger ad Donell. Lib. XXVI. Cap. III. not. E.

[433]) Not. 156. pag. 259.

[434]) §. 1. in fine Inſt. de poena temere litigant, 4. 16.

[435]) L. 79. Dig. de judiciis. 5. 1. Dieſes Geſetz ſpricht unſtreitig von dem *eigenen* Reiſeaufwand der ſiegenden Parthey. Conf. L. 4. Cod. de fruct. et lit. exp. 7. 51. Lauterbach, in diſſ. de expenſis victor. §. 15.

[436]) L. 15. Cod. de judiciis. 3. 1.

den Worten: *niſi prius omnia damna reſtituat ex hujusmodi vitio adverſariis ejus inflicta*, doch gewiſs *mehr*, als die *Proceſskoſten* im ſtrengen Sinn. Auch läſst ſich nicht abſehen, *woher*, ſobald man *dolum* oder *culpam latam* des Beſiegten vorausſetzt, und nach dem Inhalt der Acten vorausſetzen kann, jenes *Improbi* Vorrecht einer *Befreyung* von der Verbindlichkeit abgeleitet werden könne, jede Verletzung zu vergüten, welche ohne deſſelben böſen Willen, oder ſeine grobe Schuld, nicht eingetreten ſeyn würde. Vielmehr muſs man annehmen, daſs auch hier die allgemeinen Geſetze vom Schadens-Erſatz [437]) zur Anwendung kommen können, will die ſiegende Parthey dortvon Gebrauch machen [438]).

9) Die Wahrheit und Anwendung des Satzes: der Sieger in der Wiederklage könne Vergütung der in dem Proceſs der Hauptklage verwendeten Unkoſten verlangen

437) Thibaut, in dem Syſt. des Pand. R. Th. I. §. 275.

438) Daſs dieſes ſelten geſchiehet, hebt die Geſetze für den nicht auf, welcher ſolche benützen will.

langen [439]), setzt entweder *materielle Connexität* beyder *zugleich verhandelten und entschiedenen* Rechtsmittel, oder *das* voraus, daſs der Wiederkläger einen von dem Hauptkläger, als solchen, verschuldeten malam fidem behauptet und nachgewiesen habe. Denn auſserdem stehet die Rechtskraft des selbstständigen Erkenntnisses über die Convention jener Behauptung um so gewisser entgegen, weil die Hauptklage als ein *Provisorium* [440]) sich nicht ansehen läſst.

10) Die §. m. n. o. und p. gedachten Fälle des Proceſskosten-Vorschusses von dem Gegner, oder einem Dritten, sind nicht mit denjenigen Fällen zu verwechseln, in welchen ein Litigator den Kostenaufwand aus dem in seinem Besitz befindlichen Vermögen eines Dritten herzunehmen, oder diesen auf Ersatz zu belangen, befugt seyn kann [441]).

11)

439) Hommel, Obs. 466.

440) Hommel, l. c. schlieſst von dem §. ee. nr. 18. pag. 390. erwähnten Verhältnis des possessorii zu dem petitorio.

441) M. s. Leyser, in med. ad Pand. spec. 86. med. 6. u. 7. u. spec. 87. med. 1. 2. 3. 6. 7. 8. u. 9.

11) Da das Mitglied einer moralischen Person deren legalen Beschluss als Willen des Corporis sich gefallen lassen muss, so wird es durch die Nichtbeystimmung zu einem auf jene Weise eröffneten Process von dem Kostenbeytrag zu diesem, insoferne nicht solcher aus dem Vermögen der Universitas bestritten werden kann, nicht frey. Ja es ist sogar das gegen sein Corpus in einem *von diesem* legal beschlossenen Rechtsstreits befangene Mitglied *als solches*, insoferne nicht Rechte der Einzelnen, sondern ein jus *Corporis*, in Frage stehet, zu jenem Beytrag zwangspflichtig. Denn durch einen solchen Process *wird seine Eigenschaft als Mitglied*, und *dessen* Obliegenheit, *nicht aufgelösst;* als solches muss es in den *Gesammtwillen* sich fügen, und, weil es zugleich *zwey* Personen in sich vereiniget [442]), gewisser

[442]) Eben hierdurch wird hier die Anwendung des in der Abh. III. §. b. nr. 2. u. 3. angeführten Grundprincips ausgeschlossen, „dass der Kläger ein von dem Beklagten verschiedenes Subject seyn müsse.“ Ist das Corpus einer moralischen Person im Process befangen, so sind es deswegen nicht auch derselben *einzelne* Mitglieder, arg. L. 7. §. 1. Dig. *quod cujusque univ. nomine*.

wisser Masen gegen sich selbst streiten [443]).

12) Sehr bestritten ist auch die Frage: ob das für die Schuld constituirte Pfandrecht auch auf die *Processkosten* sich *erstrecke*, welche der Gläubiger nachher auf das Ausklagen der Schuld verwenden muss? Es sind hier die nemlichen Principien anzuwenden, welche von der Ausdehnung des Pfandrechts auf die Zinnsen der Hauptschuld in den Gesetzen gegründet sich finden, und es ist im allgemeinen wohl rechtlich, dass das Pfand, oder die Hypothek, *schon stillschweigend* auf alle *Nebenverbindlichkeiten* sich erstrecke

nomine. 3. 4., und so oft in *einer* Person zwey verschiedene Qualitäten — Status — sich vereinigen, wird dieselbe als *duplex persona* beurtheilt, L. 22. pr. Dig. *de his quae ut indignis auf*. 34. 9. §. 4 Inst. *de inofficioso testam*. 2. 18. L. 36. §. 1. Dig. *ejusd*. tit. 5. 2. L. 26. Cod. *de administrat. tutorum*. 5. 37. Mevius, in Decis. P. II. decis. 125. P. III. dec. 321. P. IV. dec. 310. P. VII. dec. 176. P. VIII. dec. 131. Hommel, in Rhaps. qu. for. Obs. 285.

443) A. Faber, in Cod. defin. for. Lib. IX. Tit. XXX. def. 27. Hommel, l. c. Obs. 286. A. M. ist Leyser, in medit. ad Pand. spec. 84. med. 12.

ſtrecke, welche *aus der Natur* des Contracts, aus der Zwangspflicht, dieſen *vollkommen* zu erfüllen, hervorgehen, mithin nicht nur auf die Verzugszinnſen und *ſolche* vertragsmäſige Zinnſen, welche *bey der* Errichtung des Pfands verſprochen wurden [444]), ſondern auch auf die *Proceſskoſten* [445]). Denn der Gläubiger ſoll ja ſeine ganze Forderung *aus und von dem Pfand ungemindert* erhalten, und dieſer geſetzliche Zweck des Pfandrechts wird vereitelt, wann derſelbe auf jene Nebenforderungen verzich-

[444]) L. 6. Cod. de pignoribus. 8. 14. L. 4. Cod. de uſuris. 4. 32. Das letztere Geſetz nimmt nur diejenigen Zinnſen aus, welche erſt *nach Ertheilung des Pfandrechts für die Hauptſchuld* verſprochen wurden. Dieſer beſondere neue Vertrag läſst ſich freylich nicht *zurückziehen;* bey dem urſprünglichen Hauptgeſchäft lage er auſser dem Conſens der Contrahenten, und es konnte ſich alſo das damals ertheilte Pfandrecht auf den ſelbſtſtändigen Nachvertrag nicht beziehen ſollen.

[445]) Dieſe ſind ja ein *nothwendiger*, durch den Schuldner ſelbſt veranlaſster, Aufwand auf die Wiedererhaltung des Hauptobjects, ſo daſs die Lex all. 6. Cod *de pignoribus.* 8. 14. *wenigſtens* analogiſch auf ſie anwendbar iſt.

für das Dictiren besonders beschwerlichen, Niederschriften aushebe und resp. erweitere, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, ob irgend eine neue Darstellung in ihnen enthalten ist, oder ob jene nur das *nach meiner eigenen Ansicht* wiedergeben, was in ausführlicheren Werken bereits mit mehr Aufwand oder Schein von Gelehrsamkeit dargestellt wurde. Immer bleibt mir noch ein ansehnlicher Vorrath solcher Zusätze zu Martins Lehrbuch übrig, welche ich im Laufe der Vorlesungen der Feder meiner Zuhörer mittheile, nnd es kann seyn, dass manche jener ungedruckt bleibenden Bemerkungen des Drucks eher für würdig erachtet würden, als das, was ich jetzt hierzu bestimme und während des Laufes der Vorlesungen der Presse eylig übergebe. *Zeit* will ich gewinnen *zu* dem freyen Vortrag und *durch* diesen, und mein Zweck ist erreicht, wann jenes Unternehmen denen nützlich wird, die mich als ihren academischen Lehrer wählen.

Jena im May 1814.

Johann Caspar Gensler.

Inhalt.

I. Proceſsgeſetze — Proceſs — practiſche Geſetze — Praxis. - - Seite 9

II. Giebt es einen *vertragsmäſsigen* Proceſs? Darf der Richter nach *fremden* Geſetzen ſprechen? - - - — 22

III. Weſentliche Beſtandtheile (Subſtantialien, Eſſentialien) des bürgerlichen Civilproceſſes. Deſſen Grundmaxime. — 35

IV. Connexität, (Zuſammenhang, Verwandſchaft) formelle, materielle. Hauptſache. Nebenſachen. Vorbereitende, — präjudicielle, — Incident-Puncte. - — 71

V. Legitimationen, inſonderheit legitimatio ad cauſam — Rechtfertigung, Befugnis, zur Sache. - - - — 101

VI. Proceſs-Koſten, deren Erſtattung, Compenſation u. ſ. w. - - — 184

I.

Zu §. 1.

Proceſsgeſetze — Proceſs — practiſche Geſetze — Praxis.

Die poſitiven Geſetze ſind von der Staatsgewalt ausgeſprochene, wenigſtens ſtillſchweigend gebilligte, *Normen* für die Handlungen der in ihrem Gebiete, ſey es als Mitglieder der bürgerlichen Geſellſchaft, oder als Fremde, lebenden und thätig werdenden Subjecte. Das Product und der Gegenſtand der Geſetze ſind *Rechte*, *Befugniſſe*, und gegenüber *Verbindlichkeiten*, *Zwangspflichten*, jener Vernunftweſen [1]).

So lange nun

1) der Geſetzuntergebene dem ausdrücklich oder ſtillſchweigend ausgeſprochenen Wil-

[1]) Thibaut, in dem Syſtem des Pandecten-Rechts. Thl. I. §. 55. u. 247.

Willen der geſetzgebenden Staatsgewalt gemäs handelt, d. h. die durch die Geſetze beſtimmte Grenze ſeiner Befugniſſe nicht überſchreitet, weder in den Rechtskreiſs eines andern Subjects *ſchädlich eingreift*, noch die geſetzlich ihm obliegenden Verbindlichkeiten [2]) *unerfüllt läſst*, ſo lange entſtehet keine *Stöhrung* des Rechtsverhältniſſes — keine *Rechtsverletzung* — keine *Illegalität*.

Der Theil der Geſetze, welcher dieſen *legalen*, *ruhigen*, Zuſtand unter den Berechtigten und Zwangspflichtigen vorausſetzt, kann füglich das *abſolute* Recht, oder die *Rechtstheorie im engſten Sinn* genannt werden.

Scheidet man, auf das Römiſche Recht hingeſehen, das *Perſonen*- und *Sachen*-Recht von dem jure *actionum*, und verſtehet unter dem letzteren *den Inbegriff der Rechtsverfolgungs- und Rechtsvertheidigungs - Mittel* [3]), ſo entſprechen beyde erſtere, das jus perſonarum und rerum, dem Begriff des abſoluten Rechts

[2]) In weiterer Bedeutung. Thibaut, a. a. O. Thl. I. §. 2.

[3]) Klagen und Einreden.

zichten, oder den ſäumigen Schuldner auf eigene Koſten zur Erfüllung nöthigen ſoll. Um ſo weniger läſst ſich daher ein haltbarer Grund erfinden, warum ein bey dem Urſprung der Hauptſchuld auch der etwanigen künftigen Proceſskoſten wegen *ausdrücklich* ertheiltes Pfandrecht in einem Concurs der Gläubiger *gemeinem* Recht nach [446]) *nicht zu beachten ſey* [447]).

[446]) Wenn Landesgeſetze ſelbſt die vertragsmäſsigen Zinnſen einer Pfandſchuld in dem Concurs nicht begünſtigen, ſo kann daher allerdings auch auf die pfandrechtlich geſicherten Proceſs-Koſten nachtheilig geſchloſſen werden.

[447]) Ueber das Ganze dieſer Streitfrage vergleiche man, Thibaut, Syſt. des Pand. Rechts. Thl. III. §. 646. Litt. not. z. Bülow u Hagemann, in den pract. Erörter. Thl. I. Erört. LXIV. Gmelin, Ord. der Gläubiger. Cap. II. §. 1. p. 73.

Auffallende und ſtöhrende Druckfehler.

Seite 35	Zeile 17	ſtatt: Methaphyſik, leſe man: Metaphyſik
— 45	— 20	— L. 1. et 2. l. m.: L. 1. §. 2.
— 118	— 4	— Klägers, Activlegitimation l. m.: Klägers Activlegitimation.
— 128	— 22	— weniger. l. m.: weniger,
— 129	— 7 u. 8	— 1. 2. 3. 4. u. 5. l. m.: 1. 2. 3. 4. 5 u 6.
— 137	— 13	— die Eigenſchaft l. m.: die die Eigenſchaft
— 153	— 10	— c) l. m.: b)
— 153	— 19	— D) l. m.: C)
— 160	— 14	— D) l. m.: C)
— 208	— 8	iſt hinter dem Wort: Erfüllungs-Eydes die Zahl der Note 57 zu ergänzen.
— 253	— 9	hinter den Worten: condemnetur rel. die Zahl der Note 142).
— 254	— 8	— damnari l. m.: condemnari
— 278	— 25 u. 26	— L. 24. §. 12. 26. l. m.: L. 24. §. 12. L. 26.
— 279	— 13	— Daher iſt l. m.: Dabey iſt
— 288	— 22	— eben l. m.: elend
— 297	— 9	— dieſen l. m.: dieſem
— 301	— 9	fehlt hinter dem Wort: vielmehr ein,
— 302	— 17	ſtatt: eines mala l. m.: einer malae
— 312	— 10	— berundet l. m.: begründet
— 356	— 18	— ihm. l. m.: ihm,
— 357	— 25	— Urtheil l. m.: Unheil
— 361	— 8	— in *ſo* ferne l. m. *inſoferne*

Dieſe und andere minder bedeutende Fehler, beſonders den Mangel oder Ueberfluſs eines ſs, verzeihe man der Eyle des Drucks und einer ſchnellen Correctur.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Gensler, Johann Caspar,

Handbuch zu Christoph Martins Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes

Bd.: 1. (1814). - 436 S.

Jena 1814

J.pract. 79 lc-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554062-0